HUMAN RIGHTS HOUSE NETWORK

INTERNATIONAL LAW IN ADVOCACY

Правовой анализ системных проблем в области защиты прав лиц, подвергающихся уголовному (административному) преследованию в Республике Беларусь[1]

Минск-2012

[1] Ссылка на организацию Белорусский дом прав человека, программу Сети Домов прав человека «Международное право в правозащитной деятельности, при использовании материалов ***обязательна***. *Данное требование не распространяется на случаи использования в судебной защите.*

Настоящая публикация является результатом аналитической работы, целью которой было выявление ключевых проблем белорусского законодательства в области обеспечения условий справедливого судебного разбирательства, права на защиту (с учетом гарантий в отношении института адвокатуры), права на свободу и личную неприкосновенность, а также выработка рекомендаций по совершенствованию законодательства и правоприменительной практики при отправлении правосудия в области уголовного и административного преследования граждан.

В процессе исследования выполнялся анализ соответствия национального законодательства и правоприменительной практики Республики Беларусь международным стандартам прав человека при расследовании и отправлении правосудия в уголовном и административном производстве. В качестве материала для сравнительного анализа применялись международно-правовые стандарты, закрепленные в международных договорах и источниках «мягкого права», в том числе в рекомендациях и выводах, содержащихся в документах Комитета по правам человека и Европейского Суда по правам человека. В работе использованы также доклады международных институтов, национальных экспертов и неправительственных организаций по вопросам, касающимся защиты и реализации прав человека в Республике Беларусь. Объектом сравнительного анализа являлись нормы внутреннего законодательства и правоприменительная практика Беларуси, при этом использовались факты из практики адвокатов.

Работа выполнялась группой юристов, компетентных в вопросах применения международно-правовых стандартов и имеющих значительный опыт практической работы в правоохранительной системе Республики Беларусь.

Публикуемый материал призван повысить общую осведомленность граждан и работников правоохранительной системы о международно-правовых обязательствах Республики Беларусь и стандартах прав человека, а также проблемах внутренней правовой системы Беларуси в сфере реализации гарантированных в ней прав. Результаты исследования могут быть использованы адвокатами и правозащитниками в качестве пособия для эффективной защиты прав граждан как на национальном, так и на международном уровне; журналистами – для формирования комплексного понимания фактической ситуации с правами человека в Беларуси и подготовки публикаций по широкому кругу вопросов общественно-правовой тематики; студентами правовых отделений ВУЗов - при изучении концепции и механизмов защиты прав человека. Подготовленные в результате анализа выводы и рекомендации могут служить основой для обсуждения направлений реформирования внутренней правовой системы Республики Беларусь и приведения ее в соответствие с международными стандартами прав человека.

СОДЕРЖАНИЕ

I. Правовая основа применения международных стандартов прав человека в Республике Беларусь

II. Правовой анализ типичных нарушений прав при рассмотрении дела в судах и при обжаловании приговоров (постановлений) судов, на основе отчетов международных и национальных НПО, практического опыта адвокатов

Введение

Раздел 1. Основные проблемы правовой системы Беларуси в области реализации права на справедливое судебное разбирательство

1. Независимость судебной власти и беспристрастность

1.1. Системный уровень обеспечения независимости суда

1.1.1. Назначение судей

1.1.2. Срок полномочий судей

1.1.3. Карьерный рост судей

1.1.4. Дисциплинарные взыскания и увольнение судей

1.2. Устоявшаяся практика, имеющая влияние на независимость суда

1.2.1. Полномочия председателя суда

1.2.2. Система зональности

1.3. Проявление отсутствия независимости судов

1.4. Беспристрастность

2. Равенство сторон и состязательность

2.1. Состязательность сторон в процессе и связанные с ней гарантии

2.2. Оглашение показаний свидетелей и потерпевших

2.3. Участие обвиняемого и защиты в судебном процессе на стадии обжалования и опротестования приговора

3. Презумпция невиновности

3.1. Использование показаний обвиняемого

3.2. Обращение с обвиняемыми в зале суда

3.3. Позиция государственных средств массовой информации и заявления должностных лиц государства

4. Реализация права на пересмотр приговора

Раздел 2. Выводы и рекомендации

III. Правовой анализ типичных нарушений права на защиту как элемента права на справедливое судебное разбирательство

Введение

Раздел 1. Содержание права на защиту как одной из гарантий справедливого судебного разбирательства. Международные стандарты и типичные нарушения права на защиту в законодательстве и правоприменительной практике Республики Беларусь

1. Общие положения о гарантиях справедливого судебного разбирательства, касающихся права на защиту

2. Право лица «иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником»

2.1. Достаточность времени для подготовки к защите

2.2. Достаточность возможностей для подготовки к защите

2.3. Достаточность возможностей сноситься с избранным защитником

3. Право лица «защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника и быть уведомленным об этом праве»

4. Право лица «иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно, когда недостаточно средств для оплаты этого защитника»

Раздел 2. Независимость адвоката.

1. Общие положения о правовой регламентации принципа независимости адвоката

2. Критерии независимости адвоката

2.1. Доступ к юридическому образованию

2.2. Доступ к профессии адвоката

2.3. Повышение профессиональной квалификации

2.4. Свобода осуществления профессии адвоката

2.5. Профессиональные ассоциации адвокатов

2.6. Адвокатская этика и дисциплинарные процедуры

IV. Правовой анализ типичных нарушений прав при задержании и аресте, содержании под стражей на основе отчетов международных и национальных НПО, практического опыта адвокатов

Раздел 1. Регламентация права на свободу и неприкосновенность личности

1. Регламентация в международных актах

2. Регламентация в Конституции Республики Беларусь

Раздел 2. Правовой анализ и выявление проблем

1. Гарантии при лишении свободы

2. Обоснованность лишения свободы

2.1. Обоснованное подозрение

2.2. Фактическая необходимость лишения свободы

3. Соблюдение процедуры

3.1. Разъяснение прав

3.2. Незамедлительное предъявление обвинений

3.3. Право на оповещение других лиц

3.4. Habeas corpus

3.5. Право на оспаривание законности задержания

3.6. Право на защиту

3.7. Право на компенсацию

Список сокращений

I. Правовая основа применения международных стандартов прав человека в Республике Беларусь

Термин «международные стандарты прав человека» (далее также - МСПЧ), впервые использованный как «common standard» во Всеобщей декларации прав человека[2], приобрел значение правовой категории и используется в международной и национальной правовой практике.

Для целей настоящего исследования применяется широкое значение понятия «международные стандарты прав человека», *определяющего ту группу нормативных и вербальных актов (инструментов), принятых и признаваемых на международном уровне, которые, независимо от того, порождают ли они правовые обязательства для конкретных государств, в силу принципа их универсальности и осуществления функции по защите фундаментальных прав и свобод человека, являются эталоном для государств, подлежат непосредственному применению в национальных правовых системах и позволяют определить степень реализации прав и свобод человека в этих государствах*[3]. Данное понятие охватывает такие инструменты, как международные договоры, акты международных организаций и созданных ими органов и институтов, акты международных конференций и совещаний, решения международных судебных и квазисудебных органов.

В настоящей работе проводится анализ национального законодательства и правоприменительной практики преимущественно на основе следующих документов, содержащих МСПЧ: Международного пакта о гражданских и политических правах, Замечаний общего порядка Комитета по правам человека, инструментов Организации Объединенных Наций и Совета Европы (называемых также «европейские стандарты»). В этой связи необходимо рассмотреть правовые основы имплементации названных документов в правовую систему Республики Беларусь.

1. Международный пакт о гражданских и политических правах

Международный пакт о гражданских и политических правах является международным договором Республики Беларусь (ратифицирован Указом Президиума Верховного Совета Республики Беларусь от 05.10.1973, вступил в силу для Беларуси 23.03.1976 г.) и согласно Закону Республики Беларусь от 23 июля 2008 года «О международных договорах Республики Беларусь» (ч.2 ст.33), нормы Пакта как международного договора «*являются частью действующего на территории Республики Беларусь законодательства, подлежат непосредственному применению[…]*».

---

[2] Преамбула Всеобщей декларации прав человека в английской версии текста содержит следующее положение: «Now, Therefore THE GENEAL ASSEMBLY proclaims THIS UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS as a common standard of achievement for all peoples and all nations, to the end that every individual and every organ of society, keeping this Declaration...».
См., Ульяшина Л.В. Международные стандарты и законодательство Республики Беларусь: некоторые аспекты реализации / Права человека: международное право и национальное законодательство. Сборник авторских материалов под ред. проф. Филиппова В.В. – Вильнюс, 2011. С.14

[3] Ульяшина Л.В. Международные стандарты в области прав человека: проблемы правовой дефиниции // Московский журнал международного права. 2009. №4. С.66

Кроме того, согласно ст.8 Конституции *Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства*. Именно к таким общепризнанным принципам международного права, обладающих приоритетом по отношению к национальному законодательству, Конституционный Суд Республики Беларусь[4] относит основополагающие нормы Международного пакта о гражданских и политических правах и Всеобщей декларации прав человека. Аналогичный подход характерен и для отечественной правовой доктрины[5]. Более того, по мнению ведущего белорусского специалиста в области международного публичного права профессора Л.В. Павловой, приоритет общепризнанных принципов определяется ко всему нормативному массиву государства, включая и закон высшего порядка - Конституцию[6]. Вместе с тем, профессор подчеркивает, что положения статьи 14 Пакта, регламентирующие право на доступ к суду и справедливое судебное разбирательство, имеют особый статус. Они не указываются среди тех, в отношении которых не допустимы отклонения в период чрезвычайного положения в государстве, но в то же время в них не предусматривается возможность правомерных ограничений со стороны государства, за исключением положения, требующего публичного судебного разбирательства (ст.14 п.1 Пакта). Поэтому представляется возможным квалифицировать данные положения в целом как общепризнанные нормы императивного характера[7].

Таким образом, нормы МПГПП являются частью правовой системы Республики Беларусь. При этом они, признаваясь общепризнанными принципами международного права, имеют более высокий статус, чем Конституция и внутреннее законодательство страны. Кроме того, поскольку эти нормы включены в ратифицированный Республикой Беларусь международный договор, руководствуясь принципом добросовестного исполнения международных договоров[8] и обязанностью по статье 2 МПГПП, государство должно принимать законодательные и другие меры, которые необходимы для осуществления прав, гарантированных Пактом.

[4] Например, Решение Конституционного Суда Республики Беларусь от 23.12.2010 г. №Р-530/2010 «О соответствии Конституции Республики Беларусь Закона Республики Беларусь «О внесении изменения и дополнения в Закон Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[5] Василевич Г.А., доктор юридических наук, профессор. Конституционное право Республики Беларусь. - Мн., 2003. С.250-259; Научно-практический комментарий к Конституции Республики Беларусь (по состоянию на 05.01.2006) // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[6] Павлова Л.В. Отчет национального эксперта по применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь // Материалы совместного проекта Программы развития ООН (ПРООН) и Детского фонда ООН (ЮНИСЕФ) «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь».

[7] Там же.

[8] Венская конвенция о праве международных договоров, содержащая данный принцип, ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета Республики Беларусь от 10.04.1986 и вступила в силу для Беларуси 31.05.1986 // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

2. Замечания общего порядка Комитета по правам человека

Комитет по правам человека учрежден в соответствии с Пактом, является контрольным органом этого международного договора и наделен правом рассматривать доклады государств о претворении в жизнь прав, признаваемых в Пакте. Ратифицировав Факультативный протокол к МПГПП, Республика Беларусь признала компетенцию Комитета[9] рассматривать индивидуальные сообщения находящихся под ее юрисдикцией лиц, которые утверждают, что являются жертвой нарушения какого-либо из прав, предусмотренных Пактом. Комитет обобщает свою практику по рассмотрению докладов государств и индивидуальных сообщений в своих замечаниях общего порядка.

В частности, относительно права, предусмотренного статьей 14 Пакта, Комитет по правам человека разработал Замечания общего порядка №32 (2007) «Статья 14: Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство»[10], в которых содержится толкование этого права.

Республика Беларусь не сделала никаких оговорок, заявлений или возражений по поводу КПЧ. Поэтому в силу принципа добросовестности исполнения международных договоров (статья 26 Венской конвенции) и правила добросовестного толкования на основе практики применения договора (статья 31 пункт 3b Венской конвенции) учет замечаний общего порядка является юридически обязательным для государства.

3. Инструменты Организации Объединенных Наций и Совета Европы

Уровень реализации международно-правовых обязательств, установленных международными договорами, определяется с учетом международных стандартов, которые закреплены в документах, содержащих так называемые нормы «мягкого права» - в резолюциях ООН, резолюциях и рекомендациях Комитета министров Совета Европы, в документах других международных институтов, а также в решениях международных судебных и квазисудебных органов по конкретным делам (соображениях Комитета по правам человека, решениях Европейского суда по правам человека).

Л.В. Павлова отмечает, и с этим следует согласиться, что, хотя документы международных организаций носят рекомендательный характер, однако это не лишает их нормативности и не умаляет их роль в трактовке международных стандартов в области прав человека. Все эти акты в Преамбуле ссылаются на Всеобщую декларацию прав человека, Пакт о гражданских и политических правах, либо статью 6 Европейской Конвенции о защите основных прав и свобод. Более того, содержательно они конкретизируют и детализируют достаточно абстрактные формулировки права на доступ к правосудию и справедливое судебное разбирательство, то есть трактуют международные стандарты в области прав человека[11]. Представляется, что вывод о регулирующей роли международных инструментов, имеющих рекомендательный характер, применим не только

---

[9] Факультативный протокол к МПГПП ратифицирован постановлением Верховного Совета Республики Беларусь от 10.01.1992 N 1393-XII, и вступил в силу для Беларуси 30.12.1992.

[10] Замечания общего порядка №32 (2007) «Статья 14: Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство» (CCPR/C/GC/32, 23 August 2007) [Электронный ресурс]: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/73/PDF/G0743773.pdf?OpenElement

[11] Павлова Л.В. Указ. соч.

к праву на справедливое судебное разбирательство, в отношении которого высказывается автор, но и к иным правам, гарантированным Пактом и Конвенцией.

Вне всяких сомнений, выполнение рекомендаций ООН основано для Беларуси и на ее членстве в этой организации, обязанности выполнять принятые на себя по Уставу ООН обязательства (ст.2.1 Устава ООН), праве органов ООН делать рекомендации в целях поощрения, уважения и соблюдения прав человека (Генеральной Ассамблеи – ст.13.1 Устава ООН, ЭКОСОС – ст.62.2 Устава ООН). Также в ст.116 Конституции Республики Беларусь заложены правовые основания для признания актов международных организаций (межгосударственных образований) в качестве нормативных актов, действующих во внутригосударственной правовой системе[12].

Рассматривая европейские стандарты, необходимо учитывать, что хотя Республика Беларусь и не является государством-членом Совета Европы и участницей Европейской конвенции по правам человека, по существу в Беларуси практически все нормы Европейской конвенции восприняты на конституционном уровне. Это объясняется тем, что редакция статей принятой в 1994 г. Конституции готовилась с учетом Конвенции, а также сформированной практики Европейского суда по правам человека и функционировавшей на тот момент Европейской комиссии по правам человека. Сравнение содержания Конституции Республики Беларусь и Европейской конвенции подтверждает этот вывод[13].

Кроме того, использование положений документов органов Совета Европы при анализе соответствия белорусского законодательства и практики изложенным в них стандартам обосновано также и потому, что Республика Беларусь выражает желание стать членом Советом Европы[14], является «соискателем» его ценностей, и в случае вступления в Совет Европы, государство должно будет принять меры для гармонизации своей правовой системы с европейскими стандартами.

Примечательно, что Конституционный Суд Республики Беларусь признает обязательность соответствия национального законодательства и правоприменительной практики международным стандартам, содержащимся, в том числе, в нормах «мягкого права». В его решениях содержатся ссылки на документы подобного характера, такие, например, как Основные принципы, касающихся роли юристов, Рекомендации и Резолюции Комитета министров Совета Европы[15]**.** Конституционный Суд указывает, что

---

[12] Статья 116 Конституции, определяя компетенцию Конституционного Суда, содержит указание на то, что Конституционный Суд дает заключения о соответствии актов межгосударственных образований Конституции, международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь, законам, декретам и указам.

[13] Василевич Г.А. Акты Конституционного Суда Республики Беларусь по обеспечению доступа к правосудию в контексте решений Европейского Суда по правам человека // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[14] См., например: http://mfa.gov.by/mulateral/organization/list/a025a26a6670b494.html

[15] См., например, Решения Конституционного Суда Республики Беларусь «О соответствии Конституции Республики Беларусь Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» от 23 декабря 2011 г. N Р-657/2011; «О соответствии Конституции Республики Беларусь Закона Республики Беларусь «О внесении изменении и дополнений в некоторые Законы Республики Беларусь» от 27 декабря 2011 г. N Р-663/2011; «О праве граждан на обращение в суд по вопросам, возникающим в связи с осуществлением уголовно-процессуальных отношений» от 3 апреля 2001 г. N Р-112/2001 // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

белорусский национальный законодатель рассматривает европейские стандарты прав человека и практику Европейского суда в качестве своеобразных ориентиров, используемых при совершенствовании правового регулирования соответствующих отношений[16].

Таким образом, можно утверждать, что международные нормы и стандарты в области прав человека являются обязательными для реализации государством в правовой системе Республики Беларусь.

[16] См., например, Решение Конституционного Суда Республики Беларусь от 23 декабря 2010 г. №Р-530/2010 «О соответствии Конституции Республики Беларусь Закона Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

II. Правовой анализ типичных нарушений прав при рассмотрении дела в судах и при обжаловании приговоров (постановлений) судов на основе отчетов международных и национальных НПО, практического опыта адвокатов

Введение

Последние десятилетия Республика Беларусь привлекает внимание международных правозащитных институтов как государство, где ситуация с правами человека вызывается тревогу. Международные и национальные НПО, а также международные организации и договорные органы в своих отчетах, докладах и заявлениях отмечают систематические и массовые нарушения фундаментальных прав, гарантированных Всеобщей декларацией прав человека и Международным пактом о гражданских и политических правах, участницей которого является Беларусь.

Данное исследование ставит целью провести анализ типичных нарушений универсальных прав человека при рассмотрении дел в судах Республики Беларусь в свете международных стандартов права на справедливое судебное разбирательство, предусмотренного статьей 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

За основу берутся следующие доклады международных институтов, составленные по результатам изучения ситуации с правами человека в рамках процедуры Универсального периодического обзора Совета по правам человека, договорных процедур и при выполнении специальных миссий:

- Доклад о миссии в Республике Беларусь специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов г-на Парама Кумарасвами «Гражданские и политические права, включая вопросы независимости судей, отправления правосудия, безнаказанности», 2001 год[17];
- Доклад рабочей группы по Универсальному периодическому обзору, 2010 год[18];
- Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март-июль 2011 года)[19];
- Заключительные замечания Комитета против пыток. Беларусь, 2011 год[20].

---

[17] Dato' Param Cumaraswamy. Civil and political rights, including questions of: independence of the judiciary, administration of justice, impunity. Report of the Special Reporter on the independence of judges and lawyers on mission to Belarus. E/CN.4/2001/65/Add.1, 8 February 2001. Commission on Human Rights. Fifty-seventh session. Item 11 (d) of the provisional agenda [Электронный ресурс]: <http://daccess-dds ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/110/54/PDF/G0111054.pdf?OpenElement>

[18] Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Belarus. A/HRC/15/16. Human Rights Council. Fifteenth session. Agenda item 6 Universal Periodic Review. [Электронный ресурс]: < http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/145/21/PDF/G1014521.pdf?OpenElement>

[19] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь» (март – июль 2011 г.). Разделы 81-95. [Электронный ресурс]: <http://www.osce.org/ru/odihr/84874>

[20] Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention. Concluding observations of the Committee against Torture. Belarus. Committee against Torture. Forty-seventh session 31 October–25 November 2011. CAT/C/BLR/CO/4. [Электронный ресурс]. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/co/CAT.C.BLR.CO.4_en.pdf>

В разработку таких документов значительный вклад вносят международные и национальные неправительственные организации, которые проводят мониторинг, суммируют и предоставляют информацию для анализа. Для настоящего исследования использовались следующие отчеты и доклады НПО:

- Отчет международной комиссии юристов для Универсального периодического обзора Республики Беларусь, 2009 год[21];
- Материалы белорусских НПО, подготовленные для Универсального периодического обзора по Беларуси в Совете по правам человека ООН, октябрь 2009 год[22];
- Альтернативный доклад белорусских НПО в Комитет по правам человека о выполнении Международного пакта о гражданских и политических правах, 2010 год[23];
- Доклад белорусских неправительственных организаций и правозащитников по соблюдению Республикой Беларусь Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, в отношении к докладу Беларуси на 47 сессии Комитета против пыток ООН, октябрь 2011 года[24].

Кроме того, в исследовании использованы доклады национальных экспертов, подготовленные в рамках совместного проекта Программы развития ООН (ПРООН) и Детского фонда ООН (ЮНИСЕФ) «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь».

Международные стандарты права на справедливое судебное разбирательство закреплены, прежде всего, в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и Замечаниях общего порядка Комитета по правам человека № 32 (2007) «Статья 14: Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство». Также стандарты отправления правосудия (которые напрямую относятся к реализации права на справедливый суд) содержатся в документах международных организаций и созданных этими организациями институтов. К ним можно отнести:

---

[21] Отчет Международной комиссии юристов для Универсального периодического обзора по Республике Беларусь. Ноябрь 2009. Совет по правам человека. 8-я сессия Рабочей группы по Периодическому универсальному обзору 3 – 14 мая 2010 года. [Электронный ресурс]:
< http://old.icj.org/IMG/Belarus_UPR_Rus.pdf >

[22] Материалы белорусских НПО, подготовленные для Универсального периодического обзора по Беларуси в Совете по правам человека ООН. Октябрь 2009 г. [Электронный ресурс]:
< http://spring96.org/ru/news/31343>

[23] Альтернативный доклад белорусских НПО в Комитет по правам человека о выполнении Международного пакта о гражданских и политических правах. [Электронный ресурс]:
< http://spring96.org/files/book/ru/doklad_ru.pdf>

[24] Доклад белорусских неправительственных организаций и правозащитников по соблюдению Республикой Беларусь Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, в отношении к докладу Беларуси на 47 сессии Комитета против пыток ООН. Октябрь 2011. [Электронный ресурс]:
< http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/NGOCoalition_Belarus47_ru.pdf>

- Основные принципы независимости судебных органов[25];
- Бангалорские принципы поведения судей[26];
- Рекомендация № R (94) 12 Комитета Министров [Совета Европы] странам-членам организации по независимости, эффективности и роли судей[27];
- Мнение №1 (2001) Консультативного Совета европейских судей (CCJE) Комитету Министров Совета Европы о стандартах, касающихся независимости судебной системы и несменяемости судей[28];
- Доклад Венецианской комиссии Совета Европы о независимости судебной системы. Часть 1: Независимость судей[29];
- Европейская хартия о статусе судей[30].

На основании указанных документов, а также с учетом практического опыта по защите граждан в судах в настоящем исследовании будут определены типичные проблемы, касающиеся реализации отдельных аспектов права на справедливый суд, гарантированного статьей 14 Пакта; выявлены причины нарушений указанного права путем анализа соответствия международным стандартам белорусского законодательства и правоприменительной практики; сформулированы предложения относительно возможных путей разрешения имеющихся проблем.

Рамки данной работы ограничены вопросами институциональной и фактической независимости суда, беспристрастности, равенства состязательных возможностей, презумпции невиновности и права на пересмотр судебного решения вышестоящим судом - преимущественно применительно к уголовному процессу.

---

[25] Основные принципы ООН, касающиеся независимости судебных органов. Приняты седьмым Конгрессом ООН по предотвращению преступности и обращению с правонарушителями, Милан 26 августа - 6 сентября 1985, и утверждены Резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН 40/32 от 29 ноября 1985 г. и 40/146 от 13 декабря 1985 г. // Права человека: международно-правовые документы и практика их применения. В 4 т. Т.1/ сост. Е.В. Кузнецова. – Минск: Амалфея, 2009. С.449-455

[26] Бангалорские принципы поведения судей 2001 г. Одобрены резолюцией E/CN.15/2006/20 ЭКОСОС от 19 мая 2006 г. // Права человека: международно-правовые документы и практика их применения. В 4 т. Т.1/сост. Е.В. Кузнецова. – Минск: Амалфея. С.456-460

[27]Рекомендация № R (94) 12 Комитета Министров [Совета Европы] странам-членам организации по независимости, эффективности и роли судей принята Комитетом Министров 13 октября 1994 г. на 518 заседании заместителей министров // Права человека: международно – правовые документы и практика их применения. В 4 т. Т.1 /сост. Кузнецова Е.В. – Минск: Амалфея, 2009. С.462-465

[28] Мнение № 1 (2001) Консультативного Совета европейских судей (CCJE) Комитету Министров Совета Европы о стандартах, касающихся независимости судебной системы и несменяемости судей. CCJE (2001) OP N°1. [Электронный ресурс]: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1053125&Site=COE>

[29]Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, 12-13 March 2010) CDL-AD(2010)004 [Электронный ресурс]: <http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)004-e.asp>

[30] European Charter on the statute for judges. DAJ/DOC (98) 23. Принята участниками из европейских стран и двумя международными ассоциациями судей на заседании в Страсбурге 8-10 июля 1998 г., поддержана на встрече председателей Верховных судов стран Центральной и Восточной Европы в Киеве 12-14 октября 1998 г., а также судьями и представителями министерств юстиции от 25 европейских стран на заседании в Лиссабоне 8-10 апреля 1999 г. [Электронный ресурс]:
http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf>

Раздел 1. Основные проблемы правовой системы Республики Беларусь в области реализации права на справедливое судебное разбирательство

1. Независимость судебной власти и беспристрастность суда

Независимость судебной власти является основным условием обеспечения верховенства права и основополагающей гарантией справедливого судебного разбирательства[31].

Статья 14 пункт 1 Международного пакта о гражданских и политических правах: «*Каждый имеет право при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявленного ему, или при определении прав и обязанностей в каком-либо гражданском процессе, на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».*

Замечания общего порядка КПЧ №32 (пункт 9) разъясняют, что *требование, касающееся компетентности, независимости и беспристрастности суда, по смыслу пункта 1 статьи 14 является абсолютным правом, которое не подлежит никаким изъятиям*.

Согласно Замечаниям, требование независимости включает в себя:

— наличие на конституционном и законодательном уровнях четких процедур и объективных критериев назначения, выплаты вознаграждения, сохранения занимаемой должности, продвижения по службе, приостановления и прекращения полномочий членов судейского корпуса и применяемых по отношению к ним дисциплинарных санкций;

— фактическую независимость судей от политического вмешательства со стороны органов исполнительной и законодательной власти. Ситуация, при которой функции и компетенция судебных органов и органов исполнительной власти четко не разграничены или когда последние оказываются в состоянии контролировать или направлять деятельность первых, не совместима с понятием независимого суда;

— защиту судей от конфликтов интересов и запугивания.

Статья 110 Конституции Республики Беларусь провозглашает: *«Судьи при осуществлении правосудия независимы и подчиняются только закону. Какое-либо вмешательство в деятельность судей по отправлению правосудия недопустимо и влечет ответственность по закону».*

В Кодексе о судоустройстве и статусе судей также имеется норма, содержащая гарантии независимости (статья 85), которая *обеспечивается установленными законодательными актами порядком их назначения (избрания, утверждения), приостановления и прекращения полномочий, неприкосновенностью, процедурой рассмотрения дел и вопросов, тайной совещания при вынесении судебных постановлений и*

[31] Мнение № 1 (2001) Консультативного Совета европейских судей (CCJE) Комитету Министров Совета Европы о стандартах, касающихся независимости судебной системы и несменяемости судей. Пункт 10.

запрещением требовать ее разглашения, ответственностью за неуважение к суду или вмешательство в его деятельность, иными гарантиями, соответствующими статусу судей и народных заседателей, а также созданием надлежащих организационно-технических условий для деятельности судов.

Таким образом, на уровне принципов в Конституции и законодательстве Беларуси независимость судей закреплена. Представляется необходимым оценить, имеются ли реальные правовые гарантии выполнения этого принципа, и насколько эффективно он воплощается в практике.

1.1. Системный уровень обеспечения независимости суда

1.1.1. Назначение и карьерный рост судей

Международные стандарты

В Основных принципах независимости судебных органов, а особенно в документах Совета Европы[32] сформированы следующие принципы, в соответствии с которыми должно проходить назначение и продвижение судей по службе:

- наличие и учет моральных качеств, высокой квалификации, способностей и эффективности;
- установление на конституционном или высоком законодательном уровне четких и объективных критериев определения указанных выше качеств;
- главенствующая роль в принятии решений относительно назначения и продвижения судей независимого органа, большинство в котором составляют судьи, избранные своими коллегами. Для тех стран, где отсутствуют иные, давно укоренившиеся и испытанные демократическим путем системы, Консультативный совет европейских судей рекомендует вмешательство в этот процесс (в широком смысле, включая заключение, рекомендации или предложения, а также практические решения) органа, имеющего существенное судебное представительство. Там, где законодательство или конституционные традиции допускают назначение судей правительством, должны существовать гарантии транспарентности и практической независимости процедур назначения судей, а также защиты решений от влияния различных факторов, не связанных с упомянутыми выше объективными критериями.

Законодательство Республики Беларусь

---

[32] Основные принципы независимости судебных органов, пункт 10; Рекомендация 94 (12) Комитета Министров Совета Европы государствам – членам о независимости, эффективности и роли судей, принцип 1 (2с);
Мнение № 1 (2001) Консультативного Совета европейских судей (CCJE) Комитету Министров Совета Европы о стандартах, касающихся независимости судебной системы и несменяемости судей, пункт 17;
Европейская хартия о статусе судей, пункты 2 и 3; Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission, para 32.

Порядок назначения на должность судьи регулируется главами 8 и 9 Кодекса о судоустройстве и статусе судей[33]. Процесс назначения состоит из нескольких этапов:

1. допуск к прохождению квалификационного экзамена;
2. сдача экзамена;
3. зачисление кандидатом в судьи;
4. назначение на должность судьи.

Кодексом предусмотрены базовые требования к кандидату на должность судьи общего и хозяйственного суда:

- гражданство Республики Беларусь;
- минимальный возраст - 25 лет;
- высшее юридическое образование;
- определенный минимальный стаж работы (для всех кандидатов – не менее трех лет работы по специальности, для кандидатов в судьи вышестоящих судов и в председатели, заместители председателей судов – стаж работы судьей 3 или 5 лет);
- владение государственными языками (русским и белорусским);
- успешное прохождение квалификационного экзамена, для кандидатов в судьи военных судов – наличие воинского звания офицерского состава.

Кроме того, существует условие, чтобы кандидат на должность судьи не совершил порочащих поступков. Отдельно изложены препятствия к назначению на должность судьи: вступивший в силу обвинительный приговор суда, невозможность исполнять обязанности по состоянию здоровья, недееспособность.

Подбор и допуск лиц, претендующих на занятие должности судьи, к квалификационному экзамену осуществляется Верховным Судом Республики Беларусь, Высшим Хозяйственным Судом Республики Беларусь, Министерством юстиции Республики Беларусь.

Экзамен принимает экзаменационная комиссия, которая формируется Председателями Верховного Суда и Высшего Хозяйственного Суда из наиболее квалифицированных судей, представителей Министерства юстиции Республики Беларусь и иных специалистов в области права. Комиссия оценивает уровень профессиональных знаний, умений и навыков лиц, претендующих на занятие должности судьи, их деловые и морально-психологические качеств.

Положительный результат квалификационного экзамена дает основание для перехода к этапу зачисления кандидатом в судьи. Этот вопрос рассматривает соответствующая

---

[33] Кодекс Республики Беларусь от 29.06.2006 г. №139-З (ред. от 13.12.2011) "Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей" // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

квалификационная коллегия судей, которая избирается из числа судей на конференции (Квалификационная коллегия Верховного Суда - на заседании Пленума Суда). В состав коллегий входят представители исполнительной власти – органов юстиции, но судьи представлены в ней в большинстве. Коллегия дает оценку деловым и морально-психологическим качествам заявителя и осуществляет функции конкурсной комиссии. В результате она принимает решение о регистрации в качестве кандидата в судьи или об отказе в регистрации в качестве кандидата в судьи. Эта коллегия дает рекомендацию о назначении на вакантную должность судьи (при наличии таковой) и в случае необходимости - дополнительной подготовки.

Судьи назначаются Президентом по совместному представлению Министра юстиции и Председателя Верховного Суда (для общих, военных и специализированных судов) либо по совместному представлению Министра юстиции и Председателя Высшего Хозяйственного Суда (для хозяйственных судов).

Судьи Верховного Суда Республики Беларусь и Высшего Хозяйственного Суда назначаются Президентом с согласия Совета Республики Национального собрания по представлению соответственно Председателя Верховного Суда, Председателя Высшего Хозяйственного Суда.

Из анализа описанной системы подбора и назначения судей можно сделать ***выводы*****:**

1) Существуют общие и формальные критерии для лиц, претендующих на должность судьи (возраст, стаж, образование). Однако в законе не предусмотрены критерии оценки их моральных, деловых качеств и эффективности. Этот вопрос отдан на усмотрение экзаменационной комиссии – на этапе сдачи квалификационного экзамена, квалификационной коллегии судей – на этапе зачисления кандидатом в судьи, Президента, Министра юстиции и Председателей Верховного и Высшего хозяйственного судов – на этапе назначения на должность.
2) На каждом из указанных этапов существует возможность отказа в его успешном прохождении. Желающее стать судьей лицо может быть не допущено к сдаче экзамена, сдавшее экзамен лицо может быть не зачислено кандидатом в судьи, а кандидат в судьи может быть не назначен на должность. Основания отказа также не установлены законом. Поэтому возникают вопросы: какими качествами, помимо указанных в законе требований должно обладать лицо, чтобы успешно пройти все этапы, кому отдается предпочтение при равном соответствии формальным требованиям.

   Вызывает вопросы и применение одного из критериев - лицо, претендующее на должность судьи, должно быть «не совершившим порочащего его проступка». В законе не оговорено, какое поведение (кроме преступления, установленного вступившим в силу приговором суда) является таким проступком, что может позволить сколь угодно широкую трактовку.

3) Органы, принимающие решение на каждом из этапов:

   — в законе не установлено, кем и по какому принципу определяется должностное лицо или орган Министерства юстиции, Верховного или Высшего хозяйственного судов, которые осуществляют подбор и допуск к

квалификационному экзамену. Соответственно, отсутствуют гарантии объективности и независимости такого решения.

- экзаменационная комиссия не является независимым органом, поскольку формируется единолично Председателем Верховного или Высшего хозяйственного Суда, которые, в свою очередь, назначаются Президентом (и могут быть им отстранены от должности). Заместителем председателя этой комиссии является представитель Министерства юстиции. При отсутствии ясных критериев принятия такой комиссией решений и возможности обжалования их в независимом органе, данный состав комиссии не гарантирует от произвольного принятия ею решений.

- квалификационная коллегия судей – единственный орган в данной цепочке, обладающий формальной независимостью. Однако заключения этой коллегии по вопросу об отказе в рекомендации лиц, претендующих на должность судьи, не могут быть обжалованы. Кроме того, заключения коллегии носят рекомендательный характер.

- председатели Верховного или Высшего хозяйственного судов совместно с Министром юстиции осуществляют представление кандидатуры на должность судьи, а окончательное решение принимает Президент. В законе не установлены критерии, по которым может быть отказано в таком представлении или назначении, что также не исключает произвольного решения.

Таким образом, сложный и многоступенчатый процесс отбора судей, предусмотренный белорусским законом, не является независимым и транспарентным. Любое лицо, претендующее на должность судьи, и соответствующее формальным требованиям, установленным в законе, может быть исключено из этого процесса на любом этапе без объяснения причин. Такие решения не подконтрольны обществу.

Несоответствие стандартам рассмотренного метода проявляется:

- в отсутствии критериев эффективной оценки моральных и деловых качеств лица, претендующего на должность судьи,

- в том, что заключение независимого органа, представленного судьями, не имеет в вопросе назначения судей решающего значения. При этом Президенту, принимающему окончательное решение, принадлежат широкие дискреционные полномочия в назначении судей, он не связан никакими установленными законом основаниями для принятия того или иного решения, что несет в себе риск подбора судейских кадров, исходя не из объективных критериев, а из лояльности кандидата к действующей власти.

1.1.2. Срок полномочий судей

Международные стандарты

Основные принципы независимости судебных (пункт 12) органов и Рекомендация (94)12 Комитета Министров государствам-членам о независимости, эффективности и роли

судей (принцип VI (2)) говорят о необходимости гарантий службы судьи до возраста выхода на пенсию или до истечения срока их полномочий, где таковой установлен. Европейская хартия судей (пункт 3.3) также признает возможность назначения на ограниченный срок с возможным продлением, но при этом подчеркивается, что решение о том, чтобы не назначать окончательно или чтобы не возобновлять срок, может быть принято только независимой инстанцией, или по ее предложению, или по ее рекомендации, или с ее согласия, или после ее уведомления. Однако Венецианская комиссия повышает этот стандарт, утверждая, что судьи должны назначаться на постоянный срок до достижения пенсионного возраста, испытательный период для судей представляется проблематичным с точки зрения независимости[34].

Законодательство Республики Беларусь

Согласно Кодексу о судоустройстве и статусе судей[35], судьи назначаются на должность сроком на пять лет и могут быть назначены на новый срок или бессрочно. Судьи исполняют свои обязанности до достижения ими предельного возраста пребывания на государственной службе.

Следовательно, первоначальным условием назначения является ограниченный срок полномочий судьи, но и при продлении он может быть ограничен. Истечение срока полномочий, таким образом, может стать основанием для прекращения статуса судьи. Кроме этого, критерии, в соответствии с которыми Президент избирает назначение ограниченное или неограниченное сроком полномочий, в законе не установлены. В таком случае судья, назначенный на пятилетний срок первично или повторно, пребывает в состоянии неопределенности относительно перспектив его дальнейшей работы и не в состоянии соотносить свое поведение с какими - либо условиями, при которых он может быть назначен бессрочно. А поскольку окончательное решение принимается не независимым органом, а исполнительной властью, и продолжение дальнейшей службы зависит от этого решения, то деятельность судьи в период временного назначения не является независимой.

1.1.3. Карьерный рост

Карьерный рост судей состоит в назначении их на должности руководителей судов, в вышестоящий суд, а также присвоении более высокого квалификационного класса. От этого зависит их статус и материальное вознаграждение.

В соответствии с Кодексом о судоустройстве и статусе судей[36], повышение должности и класса производится по результатам аттестации, проводимой соответствующей квалификационной коллегией. В отношении судей областного и районного уровня аттестация проводится по совместному представлению председателя суда и исполнительного органа (Министерства или управления юстиции). Квалификационная коллегия выносит свое заключение «в зависимости от уровня профессиональных знаний, стажа, опыта работы аттестуемого судьи и занимаемой им должности» и может рекомендовать назначение на должность, присвоение

[34] Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission, para 82.5.
[35] Статья 99 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей.
[36] Глава 10 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей.

квалификационного класса либо отказ в этом. Присвоение квалификационного класса производится Президентом в таком же порядке, как и назначение на должность судьи.

Таким образом, можно прийти к ***выводам***:

1) Вопросы карьерного роста судей в Беларуси решаются с участием органа, выбранного судьями и имеющего подавляющее представительство судей. При этом подробные основания и критерии для принятия данным органом решений не установлены Кодексом, хотя они могут быть разработаны при формировании квалификационными коллегиями правил своей процедуры, а также практикой этих коллегий, имеющих моральный вес среди судейского сообщества. Но, как и в случае назначения судей, заключения этого органа имеют рекомендательный характер, а это означает, что они не имеют решающей роли.
2) На процесс повышения класса и назначения на новую должность большое влияние имеет исполнительная власть - Министр юстиции либо начальник областного управления юстиции, поскольку без их представления ни сама аттестация, ни повышение класса либо новое назначение невозможны.
3) Окончательное решение принимает Президент, при этом он имеет ничем не ограниченные полномочия принятия любого решения. Однако если процесс формального назначения судей главой государства можно было бы оправдать тем, что таким образом придается авторитет самому процессу назначения судьи (при условии, что исполнительная власть действует с должным учетом прописанных в законе объективных критериев), то совершенно непонятно, каким образом Президент оценивает нюансы уровня профессиональных знаний и моральных качеств судьи при принятии самостоятельного решения о присвоении ему квалификационного класса.

Следовательно, вопрос о несоответствии стандартам процесса продвижения судей по службе также актуален.

1.1.4. Дисциплинарные взыскания и увольнение судей

Международные стандарты

Международные стандарты[37], касающиеся этих процессов, включают в себя установление определенных критериев ненадлежащего поведения судьи и процедурные гарантии, предоставляемые при его наказании и досрочном прекращении полномочий.

Критерии:

— наличие веских оснований, предусмотренных законом, исключение произвольного решения;

[37] Основные принципы независимости судебных органов, пункты 17-20; Рекомендация 94 (12) Комитета Министров Совета Европы государствам – членам о независимости, эффективности и роли судей, принцип VI (1,3); Европейская хартия о статусе судей, пункт 5.1; Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission, para 42.

- основаниями для увольнения могут быть только неспособность выполнять свои обязанности либо поведение, свидетельствующее о несоответствии занимаемой должности.

Процедура:

- должна быть предусмотрена законом;
- справедливая, имеющая гарантии разумных сроков и права ответа на любые предъявленные обвинения;
- рассмотрение специальным компетентным органом;
- контроль вышестоящей судебной инстанции.

Законодательство Республики Беларусь

Вопросы дисциплинарной ответственности судей регулируются главой 11 Кодекса о судоустройстве и статусе судей.

В Кодексе предусмотрены основания такой ответственности и виды дисциплинарных взысканий, включающие освобождение от занимаемой должности.

В законе перечислены лица, имеющие право на возбуждение дисциплинарного производства: Президент, Министр юстиции, начальники областных управлений юстиции, председатели судов.

Первоначальное рассмотрение дисциплинарного дела осуществляется соответствующей квалификационной коллегией судей. Исключение составляет наложение дисциплинарных взысканий за нарушение правил внутреннего трудового распорядка на рядовых судей, которые осуществляет председатель соответствующего суда.

Процедура возбуждения и рассмотрения дисциплинарного дела предусматривает сроки, право судьи давать объяснения на стадии возбуждения дела, обязательное участие судьи при рассмотрении дела коллегией.

Заключение коллегии является рекомендательным. Окончательное решение о прекращении дисциплинарного производства либо о наложении дисциплинарного взыскания, не связанного с увольнением или понижением в классном чине судьи, принимает председатель соответствующего суда вышестоящего уровня. Вопрос понижения в чине и освобождения от должности решает Президент.

Решения председателей судов о наложении дисциплинарного взыскания могут быть обжалованы в вышестоящую судебную инстанцию. В кодексе отсутствует указание о возможности обжалования решения Президента.

В Кодексе также содержится норма статьи 122 «Наложение дисциплинарного взыскания Президентом Республики Беларусь», которую необходимо процитировать дословно: *«Президентом Республики Беларусь при наличии оснований, предусмотренных настоящим Кодексом, может быть наложено любое дисциплинарное взыскание на любого судью без возбуждения дисциплинарного производства. При этом судья может давать объяснения по поводу совершенного им дисциплинарного проступка».*

Анализ указанных положений Кодекса приводит к следующим ***выводам:***

1) Основания привлечения к дисциплинарной ответственности изложены в законе недостаточно конкретно. Такие формулировки, как «нарушение требований законодательства при осуществлении правосудия», «нарушение правил внутреннего трудового распорядка» дают возможность их широкого и произвольного толкования.

2) Законодательно не установлено, какие именно нарушения влекут то или иное взыскание. Это оставляет открытым вопрос о соразмерности и пропорциональности наказания в случае совершения определенного нарушения и возможности большой степени усмотрения в применении взысканий.

3) Несмотря на то, что принятию решения о наложении взыскания предшествует заключение коллегиального формально независимого органа, окончательное решение принимается единолично должностным лицом – председателем суда, а самые важные решения – о понижении чина или о прекращении полномочий – главой государства, и эти лица не связаны заключением квалификационной коллегии.

   При том, что в законе заложены элементы справедливой процедуры (право участия в ней судьи, право обжалования), эти гарантии не действуют в случае, когда решение принимает Президент, а это означает что освобождение от должности и понижение в чине вообще не могут быть обжалованы.

4) Предоставление главе государства права наложения дисциплинарного взыскания без возбуждения и, соответственно без прохождения дисциплинарного производства сводит на нет даже минимальные гарантии справедливости процедуры, заложенные в законе. Это ставит любого судью, невзирая на его статус, в зависимое положение от Президента. Кроме того, сама норма статьи 122 Кодекса сформулирована так, что презюмирует в данном случае виновность судьи: «судья может давать объяснения по поводу совершенного им дисциплинарного проступка» (выд. авт.).

Поэтому можно утверждать, что установленный порядок привлечения судей к дисциплинарной ответственности и освобождения судей от должности не соответствует международным стандартам ни по установленным критериям ответственности, ни по процедуре.

Таким образом, внутреннее правовое регулирование порядка назначения, срока полномочий, продвижения по службе и освобождения от должности судей в целом не удовлетворяют тем стандартам, которые гарантируют независимость суда для обеспечения права индивида на рассмотрение его дела независимым судом. Значит, любому человеку, находящемуся под юрисдикцией Республики Беларусь, такое право не обеспечено на системном законодательном уровне.

Этот вопрос неоднократно поднимался в докладах и отчетах международных институтов[38]. Однако государство не признает существование этой проблемы ни на международном, ни на национальном уровне. Так, на рекомендацию, вынесенную в рамках Универсального периодического обзора[39] «укрепить независимость судебных органов» Беларусь ответила, что она реализована и на законодательном уровне такая независимость обеспечена[40]. В Послании о перспективах развития системы общих судов Республики Беларусь, утвержденном Указом Президента Республики Беларусь от 10 октября 2011 года №454 утверждается, что «в деятельности судов нет проблем системного характера»[41].

1.2. Устоявшаяся практика, имеющая влияние на независимость суда

Международными документами выработан *стандарт* практической реализации судьей обязанности осуществления своей функции независимо.

Бангалорские принципы поведения судей (пункт 1.1) и Рекомендация № R(94)12 Комитета Министров государствам-членам о независимости, эффективности и роли судей (принцип V (3b)) требуют от судьи действовать исключительно из оценки фактов, в соответствии с сознательным пониманием права, независимо от любого постороннего воздействия, побуждений, давления, угроз и вмешательства, прямого или косвенного.

Однако в Беларуси на уровне актов законодательства и устоявшейся практики существуют препятствия для выполнения судьями этой обязанности.

1.2.1. Полномочия председателя суда

В Отчете национального эксперта в области судоустройства и статуса судей Е.Д. Дубровина, подготовленном в рамках совместного проекта Программы развития ООН (ПРООН) и Детского фонда ООН (ЮНИСЕФ) «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь»[42], обращается внимание на отдельные полномочия председателей

---

[38] См., например, Dato' Param Cumaraswamy. Civil and political rights, including questions of: independence of the judiciary, administration of justice, impunity. Report of the Special Reporter on the independence of judges and lawyers on mission to Belarus. Commission on Human Rights. Fifty-seventh session. Item 11 (d) of the provisional agenda. E/CN.4/2001/65/Add.1; Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Belarus. Human Rights Council. Fifteenth session. Agenda item 6 Universal Periodic Review. A/HRC/15/16; Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь» (март – июль 2011 г.). [Электронный ресурс]: <http://www.osce.org/ru/odihr/84874>.

[39] Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Belarus. Recommendation 19.25.

[40] Human Rights Council. Fifteenth session. Agenda item 6 Universal Periodic Review. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Belarus. Addendum Views on conclusions and/or recommendations, voluntary commitments and replies presented by the State under review. Recommendations 98.25, 98.26. A/HRC/15/16/Add.1.
<http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session8/BY/A.HRC.15.16.Add.1_BELARUS_eng.pdf>

[41] Указ Президента Республики Беларусь от 10.10.2011 г. №454 (ред. от 30.12.2011) "О мерах по совершенствованию деятельности общих судов Республики Беларусь" (вместе с "Посланием о перспективах развития системы общих судов Республики Беларусь") // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[42] Дубровин Е.В. Отчет национального эксперта в области судоустройства и статуса судей. Материалы совместного проекта Программы развития ООН (ПРООН) и Детского фонда ООН (ЮНИСЕФ)

районных (городских), межгарнизонных военных, областных, Минского городского, Белорусского военного судов, которые содержатся, в частности, в Положении о председателе районного (городского), межгарнизонного военного суда Республики Беларусь[43] и Положении о председателе областного, Минского городского, Белорусского военного суда Республики Беларусь[44]. Эксперт отмечает, что данные нормативные акты наделяют председателя суда функцией осуществления контроля за качественным рассмотрением дел, не оставляя без оперативного реагирования ни одного случая волокиты, а также вынесения судебных постановлений с нарушением законодательства Республики Беларусь.

Необходимо согласиться с мнением эксперта, что при осуществлении этого полномочия существует риск нарушения принципа независимости судей и подчинения их только закону. Такого рода контроль может и должен осуществляться исключительно вышестоящими судебными инстанциями вследствие обжалования или опротестования приговоров, решений, определений, постановлений суда при строгом соблюдении установленной процессуальной формы. Вмешательство председателя суда при осуществлении этого полномочия будет являться прямым воздействием на рассматривающего конкретное дело судью с целью повлиять на содержание принимаемых им решений[45]. Помня о том, что председатель суда вправе инициировать либо решать вопрос о наложении дисциплинарных взысканий, трудно представить ситуацию, когда решение судьей может быть принято по своему собственному убеждению вопреки мнению председателя суда.

В этот раздел необходимо включить проблему распределения дел между судьями суда по личному усмотрению председателя суда, который «с учетом категорий сложности дел, их объема, а также квалификации судей, опыта работы, степени загруженности распределяет уголовные, гражданские, административные дела и иные материалы» (полномочия председателя суда, установленные в указанных выше Положениях). Такой порядок распределения дел, не исключает косвенного влияния председателя суда на исход дела, поскольку позволяет ему поручать определенные дела, исходя их лояльности того или иного судьи, способности контролировать его решения и т.п.

Такая система не соответствует *стандарту*, содержащемуся в Рекомендации № R(94)12 (пункт 2е принципа 1), согласно которому распределение дел должно исключать влияние любой из сторон в деле или любых лиц, заинтересованных в исходе этого дела (например, проводиться с помощью жеребьевки или системы автоматического распределения в алфавитном порядке или каким-либо аналогичным образом).

«Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь».

[43] Положение о председателе районного (городского), межгарнизонного военного суда Республики Беларусь: утверждено постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь, 30 июня 2005 г., № 32 (с изменениями и дополнениями) // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[44] Положение о председателе областного, Минского городского, Белорусского военного суда Республики Беларусь: утверждено постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь, 30 июня 2005 г., № 32 (с изменениями и дополнениями) // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[45] Дубровин Е.В. Указ. соч.

1.2.2. Система зональности

В отчете Е.Д. Дубровина также описана зональная система как способ внепроцессуального контроля за рассмотрением дел. Суть данной практики состоит в том, что за каждым нижестоящим судом закрепляются, в качестве зональных, судьи вышестоящего суда. Многолетней практикой выработано, что эти зональные судьи осуществляют следующие функции:

— изучают работу нижестоящего суда и оказывают практическую помощь в применении законодательства, включая дачу консультаций по конкретным делам, рассматриваемым судьями;

— участвуют при рассмотрении дел кассационной инстанции тех дел, которые разрешены в первой инстанции судом его «зоны», причем, как правило, в качестве докладчика;

— ответственны за работу нижестоящих судов.

При таком положении, как отмечает эксперт, формально судьи могут проигнорировать мнение зонального судьи по конкретному делу. Однако фактически в случае обжалования и опротестования, вероятность отмены или изменения решения, не соответствующего полученным консультациям, существенно возрастает[46]. Поскольку показатели, касающиеся отмененных и измененных решений, имеют значение для оценки работы судей при их продвижении по службе, судьи имеют существенный стимул следовать позиции зонального судьи даже в ущерб проявлению своей независимости.

В отчете БДИПЧ ОБСЕ по результатам мониторинга судебных процессов (март – июль 2011 г.) анализируется система зональности со ссылкой на отчет национального эксперта и подтверждается его вывод о том, что эта система вступает в противоречие с принципом, согласно которому судьи подчиняются лишь закону[47].

1.3. Проявление отсутствия независимости судов

В *стандартах* (пункт 1.3 Бангалорских принципов поведения судей и пункте 3 а) принципа 5 Рекомендация № R(94)12) четко оговаривается обязанность каждого судьи действовать независимо и таким образом, чтобы это было очевидно даже стороннему наблюдателю.

Пленум Верховного Суда Республики Беларусь принял постановление № 14 от 23 декабря 1999 г. «О повышении культуры судебной деятельности и улучшении организации судебных процессов», которое имело прогрессивный характер с точки зрения попытки приведения практики в соответствие с международными стандартами. В постановлении имеется ссылка на Всеобщую декларацию прав человека и Международный пакт о гражданских и политических правах как на документы, содержащие принцип защиты прав и свобод личности компетентным, независимым и беспристрастным судом. В этом постановлении (пункт 3) разъяснено, что *обеспечение независимости суда должно стать*

[46] Дубровин Е.В. Указ. соч.

[47] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)», пункт 98.

нравственным долгом судьи и важнейшей гарантией выполнения требований закона при осуществлении правосудия. Прямое или косвенное вмешательство в судебную деятельность, попытки воздействия на суд, от кого бы они ни исходили и в каких бы формах ни выражались, должны решительно пресекаться как путем применения мер, предусмотренных процессуальным законодательством, так и иными формами реагирования, обусловленными конкретными обстоятельствами.

Однако, несмотря на то, что данное постановление является действующим, его положения не нашли должной реализации. На практике судьи не только безразлично либо с непониманием относятся к значению принципа независимости и своей роли в его осуществлении, но и зачастую демонстрируют свою полную зависимость от позиции председателя суда, вышестоящего суда либо от органов исполнительной власти.

Так, имеются случаи, когда судьи откровенно сообщают участникам процесса, что то или иное решение по делу было предметом предварительного обсуждения на совещании в вышестоящей инстанции и было там «согласовано», поэтому у них имеется уверенность относительно результатов обжалования. Имеют место ситуации, когда судья говорит о том, что он не может вынести законное решение, поскольку «дело на контроле».

Представители исполнительной власти и Президент Беларуси допускают высказывания, которые не могу быть расценены иначе, чем предрешение исхода процессов либо указания судам, и впоследствии суды принимали решения, которые поддерживали эти позиции.

Так, сила влияния главы государства наглядно проявилась в деле об умышленном убийстве группой лиц «пуховичского поджигателя». После публичного заявления Президента в адрес следователей и председателя Верховного Суда о том, что «нельзя сажать» убийц человека, который «по тюрьмам скитался, пришел и еще терроризирует целую деревню», - по делу вынесен беспрецедентный приговор с назначением гораздо более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление[48].

Относительно событий, произошедших в Минске 19 декабря 2010 года после президентских выборов, уже 20 декабря 2010 года на своей пресс - конференции Президент высказался, что представители политической оппозиции «нарушили закон», и «это бандитизм»[49]. В выступлении говорилось о роли кандидатов в президенты в произошедших событиях и описывались преступления, которые они якобы совершили[50].

Министерство юстиции также дало предварительную оценку этому делу. В одной из его публикаций на официальном сайте сказано: «Коллегия Министерства юстиции рассмотрела также деятельность отдельных адвокатов, осуществляющих защиту лиц, участвовавших 19-20 декабря 2010 года в совершении действий, направленных на организацию массовых беспорядков» (выд. авт.)[51].

---

48 См., напр., информация, опубликованная на <http://telegraf.by/2009/04/29156>

49 Белорусское телеграфное агентство, 20 декабря 2010 года: < http://www.belta.by/ru/all_news/president/Lukashenko-dejstvija-oppozitsii-vecherom-19-dekabrja-v-Minske---banditizm-a-ne-demokratija_i_536590.html>

50 Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)», пункт 151.

51 Там же, пункт 153.

В результате последующего рассмотрения судами дел по обвинениям, связанных с участием в событиях 19 декабря, все суды по всем обвиняемым вынесли обвинительные приговоры, а трое политических оппонентов Президента, кандидатов на выборах, были осуждены к длительным срокам лишения свободы[52].

По делу, связанному с обвинением известного белорусского правозащитника Алеся Беляцкого 2 декабря 2011 года, после вынесения обвинительного приговора, но до вступления его в законную силу, Президент Беларуси А.Лукашенко заявил в интервью: «Я считаю, что суд очень гуманно поступил по вопросу этого оппозиционера или как там его назвать»[53]. Это высказывание главы государства не оставляет никаких сомнений в его позиции относительно виновности А. Беляцкого и его мнения о мягкости назначенного наказания. При рассмотрении дела судом кассационной инстанции 24 января 2012 года приговор был оставлен без изменений.

Учитывая, функции и полномочия Президента и Министра юстиции в процессе назначения, продвижения по службе и отстранения судей от должности, зависимость судей от решений этих должностных лиц, можно определенно полагать, что такая позиция государственного аппарата оказала влияние на выносимые решения. При данном положении защита лиц, относительно которых высказано подобное мнение, не имеет никаких разумных шансов на успех.

Изначально бесперспективным является также обжалование действий указанных должностных лиц в суд. Так, например, суды отказали в жалобах всем адвокатам, действие лицензии которых было прекращено Министерством юстиции в 2011 году. При этом большинство аргументов заявителей вообще не подвергалось судебной оценке, что само по себе является нарушением права на справедливое судебное разбирательство.

Другие органы исполнительной власти также открыто проявляют вмешательство в независимость суда. Примером этому может служить высказывание государственного обвинителя в первый день судебного процесса над Алесем Беляцким, когда прокурор обратился к обвиняемому с предложением, суть которого сводилась к тому, что в зависимости от показаний А. Беляцкого и возмещения им ущерба мера пресечения в виде заключения под стражу «может быть изменена». Таким образом, прокурор очевидно и публично присвоил себе судебную функцию изменения меры пресечения при рассмотрении дела судом. Суд же, в свою очередь, никак не отреагировал на это заявление, несмотря на возражения защиты, чем продемонстрировал отсутствие своей независимости[54].

В Отчете по мониторингу судебных процессов эксперты БДИПЧ ОБСЕ обратили внимание на присутствие в повседневной деятельности судов представителей исполнительной власти, сотрудников милиции специального назначения, не подконтрольных должностным лицам суда. Они обыскивали входящих в зал суда людей,

---

[52] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)», Приложение 1.

[53]Белорусское телеграфное агентство, 2 декабря 2011 года: <http://www.belta.by/ru/all_news/president/Lukashenko-schitaet-gumannym-prigovor-Beljatskomu-VIDEO_i_583073.html>

[54] Итоги мониторинга судебного процесса над Алесем Беляцким. Сайт Правозащитного центра «Весна». < http://spring96.org/ru/news/49731>

записывали их фамилии, снимали посетителей на видео. В одном из процессов такой охранник сделал замечание судье: «напомните публике о правилах!», и судья надлежащим образом подчинилась. Такое присутствие представителей службы исполнительной власти в той сфере, где вершится правосудие, эксперты ОБСЕ расценили как запугивание, если не откровенное вмешательство[55].

1.4. Беспристрастность

Международные стандарты

Замечания общего порядка 32 Комитета по правам человека разъясняют (пункт 21), что *требование беспристрастности имеет два аспекта. Во-первых, судьи не должны допускать, чтобы их решения принимались под воздействием личной заинтересованности в исходе дела или предубеждения, и не испытывать предвзятости в отношении рассматриваемого ими конкретного дела, и не действовать таким образом, чтобы это неоправданно способствовало интересам одной из сторон в ущерб интересам другой стороны. Во-вторых, суд обязан также представать как беспристрастный в глазах разумного наблюдателя.*

Бангалорские принципы поведения судей (второй показатель) указывают на принцип объективности, которая должна проявляться не только в содержании выносимого решения, но и во всех процессуальных действиях, сопровождающих его принятие.

Рекомендация 94(12) Комитета Министров государствам-членам о независимости, эффективности и роли судей (принцип V (3b)) трактует беспристрастность как обязанность судьи вести дела в соответствии со своей оценкой фактов и своим токованием законов, обеспечивать слушание аргументов и уважение процессуальных прав всех сторон.

В *белорусской правовой системе* принцип беспристрастности закреплен в процессуальном законодательстве как требование объективного рассмотрения дела[56], в указанном выше постановлении Пленума Верховного Суда, а также как моральная норма в Кодексе чести судьи Республики Беларусь (статья 3). Пленум Верховного Суда разъяснил, что судья *обязан проявлять такт, сдержанность и эмоциональную уравновешенность, быть внимательным и объективным, не допускать демонстрации своих симпатий или антипатий по отношению к кому-либо из участников судебного процесса, создавая тем самым атмосферу доверия к суду, очевидную для всех присутствующих* (пункт 8 постановления от 23.12.1999).

Вместе с тем, на практике судьи часто отходят от данного принципа.

В отчете по наблюдению за судебными процессами БДИПЧ ОБСЕ отмечаются следующие *проблемы* в этой области:

---

[55] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)», пункты 96-99.

[56] Ст.18, Кодекс Республики Беларусь от 16.07.1999 г. №295-З (ред. от 03.01.2012) "Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь" // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

— позиция суда в отношении доказательств, представляемых обвинением и защитой;

— манера общения с участниками процесса;

— статистика приговоров;

— рассмотрение дела в кассационной инстанции[57].

Практика, касающаяся представления доказательств сторонами, будет рассмотрена в разделе настоящего исследования, посвященном реализации принципа равноправия сторон и соблюдения принципа состязательности.

В отношении статистики оправдательных приговоров, можно сослаться на доклады НПО, которые отмечают крайне низкий процент таких приговоров в общем числе всех вынесенных приговоров – 0,3 %, что свидетельствует об обвинительном уклоне уголовного процесса[58]. Необходимо отметить, что в конце 2011 – начале 2012 года в практической деятельности стало явно прослеживаться увеличение количества оправдательных приговоров. Однако на данный момент отсутствуют статистические данные по этому поводу. И, кроме того, нет ясности, с чем связано такое изменение общей судебной политики, и насколько устойчива данная тенденция. Это, тем не менее, не относится к приговорам по делам, обвиняемые по которым являются либо причисляются к представителям политической оппозиции либо относятся к общественным активистам. В таких делах выносится 100% обвинительных приговоров, и усилия защиты, направленные на иной исход дела, изначально не имеют шансов на успех.

Относительно рассмотрения дел в суде кассационной инстанции, в Отчете БДИПЧ ОБСЕ верно отмечено, что такое рассмотрение выглядит как чистая формальность. Практика показывает, что только в редких исключениях суд кассационной инстанции в процессе демонстрирует внимательное изучение материалов дела и позиций сторон, а также представленных в эту инстанцию дополнительных доказательств.

Обычно процесс кассационного рассмотрения включает в себя доклад оного из трех судей, входящих в состав коллегии суда (причем совершенно очевидно, как правило, что остальные судьи не знакомились с материалами дела). Далее следует изложение доводов со стороны защиты (если защитник участвует в процессе) или обвинения (если подан протест прокурора), потом прокурор дает свое заключение, и суд удалятся на короткое совещание (обычно от 20 до 30 минут) и сразу же оглашает свое решение. Аргументированное письменное решение вручается сторонам намного позже (в срок примерно от одной до четырех недель).

Описанный процесс формально соответствует требованиям уголовно-процессуального законодательства. Однако и заинтересованным сторонам и сторонним наблюдателям очевидно, что мнение суда формируется, а предварительное решение принимается не при слушании дела, а заранее, при изучении письменных материалов дела.

---

[57] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)», пункты 101 – 109.

[58] См., например, Материалы белорусских НПО, подготовленные для Универсального периодического обзора по Беларуси в Совете по правам человека ООН. Октябрь 2009 г. [Электронный ресурс]: <http://spring96.org/ru/news/31343>

Это убеждение основано на том, как ведут себя судьи в процессе: нередко судья прерывает защитника, обращая его внимание на отсутствие необходимости повторять тезисы, уже изложенные в его жалобе, либо указывая на его ошибки. Обычно судьи не задают никаких вопросов, не делают пометок, иногда создается впечатление, что они не слушают аргументы сторон. И, наконец, вызывает сомнение, что имеется возможность сформировать свое мнение по делу с учетом изложенных аргументов и обосновать решение за тот короткий промежуток времени, на который суд удаляется для принятия решения.

Отсутствие беспристрастности проявляется и в поведении судей при рассмотрении дела в первой инстанции. Некоторые из судей допускают пренебрежительную манеру в обращении со сторонами, в особенности с обвиняемым и защитником.

Бывает заметным также особое внимание к доказательствам, поддерживающим ту или иную позицию: наличие дополнительных и наводящих вопросов к одним свидетелям (чаще всего, поддерживающим версию обвинения) и игнорирование показаний других, которые если и заслушиваются судом, то формально, зачастую пояснения этих свидетелей могут быть прерваны, а вопросы к ним – отведены как не имеющие отношения к делу. Из этого профессиональные участники процесса и присутствующая публика почти всегда могут сделать выводы о том, какие из показаний будут положены в основу выводов суда. В приговорах суды также демонстрируют неравнозначное отношение к доказательствам, подробно излагая доказательства виновности, и не анализируя важные моменты либо вообще оставляя без внимания доказательства защиты[59].

2. Равенство сторон и состязательность

Статья 14, пункт 1 Международного пакта о гражданских и политических правах содержит гарантию равенства всех перед судом.

Замечания общего порядка 32 Комитет по правам человека говорят о том, что *право на равенство перед судами обеспечивается равенством состязательных возможностей*.

В Отчете БДИПЧ ОБСЕ по итогам мониторинга судебных процессов 2010 г. отмечается, что право равенства требует, чтобы в течение всего процесса обе стороны находились в равном правовом положении в том смысле, что они вправе рассчитывать на равное с ними обращение в суде и пользовались одинаковыми правовыми и процессуальными инструментами как по закону, так и на практике[60].

Эксперты БДИПЧ обратили внимание на проблемы различного положения сторон обвинения и защиты в плане предоставлении ими доказательств.

---

[59] Так, изучение приговоров, вынесенных судами в отношении участников событий 19 декабря 2010 года в Минске, показало, что суды подробно излагали в них показания потерпевших – сотрудников органов внутренних дел, некоторые из которых даже не были допрошены непосредственно в суде, но эти показания «ложились в русло» обвинения. При этом в приговорах показания свидетелей, которые допрашивались в суде по ходатайству защиты подробно и в течение продолжительного времени, изложены в крайне урезанном виде, а некоторые существенные моменты из них вообще не подвергнуты судебному анализу.

[60] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)», пункт 111.

Рассматривая обеспечение в Беларуси гарантии состязательности в уголовном процессе, национальный эксперт проекта «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь» Л.Л. Зайцева включает в свой анализ, среди прочих, также вопросы, связанные с реализацией прав, предусмотренных соответствующими положениями пункта 3 статьи 14 Пакта, а именно:

- проблемы оглашения показаний не явившихся в суд свидетелей и применения в отношении свидетелей мер безопасности в свете обеспечения права обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей (пункт 3е статьи 14);
- регулирование рассмотрения дел в кассационной и надзорной инстанции в плане обеспечения гарантии обвиняемого быть судимым в его присутствии и защищать себя лично (пункт 3d статьи 14)[61].

Указанные выше проблемы являются особенно актуальными при осуществлении практической деятельности при защите прав в суде. Поэтому необходимо остановиться отдельно на каждой из них.

2.1. Состязательность сторон в процессе и связанные с ней гарантии

В УПК Республики Беларусь (статья 24) закреплен принцип состязательности и равенства сторон, что включает в себя равные права сторон по предоставлению и исследованию доказательств, заявлению ходатайств, высказывания мнения по любому вопросу, имеющему значение по уголовному делу, участию в судебных прениях.

Досудебное производство

При досудебном производстве обязанность доказывания обвинения лежит на органе уголовного преследования, коими являются орган дознания, дознаватель, следователь и прокурор. Эти лица вправе проводить следственные и другие процессуальные действия для собирания доказательств, в том числе проводить допросы, очные ставки, осмотры, обыски, назначать экспертизу, получать необходимые сведения от предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц и граждан (часть 2 статьи 103 УПК). При окончании предварительного расследования дело, включающее в себя все собранные доказательства, направляются прокурору статья 262 УПК), который, если он согласен с результатами расследования, направляет дело в суд (пункт 1 статьи 264 УПК).

Защитник имеет право собирать необходимые для защиты сведения путем опроса лиц, запросов документов, получения мнений специалистов (часть 3 статьи 103 УПК). О приобщении данных материалов к делу защитник вправе заявлять ходатайства следователю (пункт 8 части 1 статьи 48, статья 135 УПК). Защитник также вправе ходатайствовать перед органом расследования о проведении необходимых следственных и иных процессуальных действий.

[61] Зайцева Л.Л. Отчет национального эксперта по применению международных стандартов в области прав человека в области уголовно – процессуального права. Материалы совместного проекта Программы развития ООН (ПРООН) и Детского фонда ООН (ЮНИСЕФ) «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь».

В соответствии с законом, *ходатайство должно быть удовлетворено, если оно способствует всестороннему, полному и объективному исследованию обстоятельств уголовного дела* (часть 2 статьи 137 УПК). Следователь может и отказать в удовлетворении ходатайства (часть 3 статьи 137 УПК), и этот отказ может быть обжалован прокурору (часть 1 статьи 139 УПК).

Как видно из приведенных норм, на стадии предварительного расследования стороны не равны в процессе собирания и представления доказательств: орган предварительного расследования самостоятелен в этом процессе, а приобщение материалов защиты зависит от решения следователя, прокурора. С одной стороны, это может быть оправданным, исходя из обязанности доказывания обвинения и отсутствия у обвиняемого обязанности доказывать свою невиновность (статья 16 УПК).

Однако, с другой стороны, описанный порядок на практике существенно ограничивает возможности защиты по сравнению с обвинением.

Во-первых, законодательство зачастую не предусматривает обязанности органов и организаций, которая бы корреспондировала праву защитника запрашивать у них необходимые сведения. Так, защитник не может запросить сведения о судимости и привлечении к ответственности лиц, к примеру, потерпевших и свидетелей, данные о состоянии их здоровья, иные личные данные, что может иметь существенное значение для целей защиты. Ходатайства, заявленные органу расследования об истребовании таких сведений, как правило, отклоняются, а обжалование этих решений прокурору имеет слабые перспективы.

Во-вторых, в законе указано, что защитник вправе собирать сведения путем опроса лиц и получения заключения специалиста. Эти сведения приобретают доказательственное значение только в случае, если они приобщаются к материалам уголовного дела. Однако в законе не установлена обязанность органа расследования удовлетворить ходатайство о приобщении представленных сведений к материалам дела.

В соответствии с Методическими рекомендациями по участию адвокатов в доказывании по уголовным делам в порядке ч.3 ст.103 УПК, утвержденными Президиумом Республиканской коллегии адвокатов 29 октября 2004 г. № 34, объяснение, полученное адвокатом при опросе физического лица в порядке ч.3 ст.103 УПК, прилагается к ходатайству, заявляемому адвокатом перед органом, ведущим уголовный процесс, о проведении допроса этого лица. Но если в таком ходатайстве будет отказано, то полученные защитником сведения будут приобщены к делу не в качестве доказательства (которое должно подлежать соответствующей оценке в совокупности с другими), а лишь как приложение к ходатайству.

В-третьих, разрешение любых других ходатайств защиты о получении доказательств, например о проведении экспертизы, очных ставок, назначении проверки, и т.п. отдано на усмотрение следователя. И на практике это лицо часто пользуется своим правом отклонить такие ходатайства без должного обоснования. К примеру, практически всегда необоснованно отклоняются ходатайства, которые требуют затрат времени и дополнительных усилий: об истребования сведений у иностранных государств в порядке правовой помощи, о проведении экспертизы и т.п.

Таким образом, в материалах дела, заблаговременно предоставляемых суду, содержатся все доказательства, которые были получены органом уголовного преследования, даже если они не являются допустимыми с точки зрения закона и не относятся к предъявленному обвинению. И до начала слушания суд должен ознакомиться со всеми этими материалами. В то же время, доказательства, необходимые, по мнению защиты, суду могут быть не представлены на этой стадии, поскольку их собирание и приобщение к делу находится в руках следствия.

Конечно, у органа, ведущего уголовных процесс, существует обязанность полного, всестороннего и объективного расследования, собирания и направления в суд доказательств как уличающих, так и оправдывающих обвиняемого (статья 18 УПК). Однако практика показывает, что орган расследования не выполняет данной обязанности, проявляя большее стремление доказать вину и направить дело в суд. При этом решения данного органа не подконтрольны судебной власти на стадии расследования, а могут быть обжалованы только прокурору.

Поэтому следует прийти к выводу о том, что стороны поставлены в неравное положение уже в тот момент, когда обвиняемый фактически предстает перед судом, т.е. когда материалы дела впервые изучаются судьей. И, как следствие, у суда может формироваться предубеждение в отношении обвиняемого, основанное только на представленных доказательствах обвинения. Такое закрепленное законом и поддержанное практикой неравенство сторон при досудебном производстве явно не соответствует стандартам статьи 14 Пакта.

Представление доказательств при рассмотрении дела судом

В соответствии со статьей 292 УПК Республики Беларусь в судебном разбирательстве стороны *пользуются равными правами на заявление отводов и ходатайств, преставлении доказательств, участие и в их исследовании […]*.

Согласно уголовно-процессуальному закону Республики Беларусь в ходе слушания дела первой предоставляет доказательства сторона обвинения - государственный обвинитель либо частный обвинитель (по делам частного обвинения), которые до начала судебного следствия излагают суду доказательства, которые, по их мнению, подтверждают виновность лица в совершении преступления (статья 325 УПК). Это, как правило, доказательства, собранные во время предварительного расследования. Кроме этого, обвинитель может представить и дополнительные доказательства непосредственно в суде.

Защита представляет доказательства путем заявления ходатайств о приобщении имеющихся у нее документов и их исследовании, о направлении судом необходимых запросов с целью получения необходимых сведений, о вызове и допросе свидетелей и производстве других действий (осмотров, экспертиз и т.п.). В УПК предусмотрены две стадии, на которых могут быть заявлены такие ходатайства: до начала судебного следствия (статья 322 УПК) и при окончании судебного следствия (статья 344 УПК). Пользуясь своим общим правом заявлять ходатайства, сторона защиты может заявить ходатайство о представлении либо исследовании доказательства также в любой момент судебного следствия.

В отношении представления тех доказательств, которые не входят в материалы, собранные в ходе досудебного производства, стороны обвинения и защиты должны

обосновать, для установления каких именно обстоятельств необходимы дополнительные доказательства (часть 2 статьи 322 УПК). По каждому из заявленных ходатайств выслушиваются мнения сторон, и суд принимает решение о его удовлетворении либо отказе в удовлетворении. При этом суд не вправе отказать только в допросе дополнительного свидетеля, который уже явился в суд (часть 3 статьи 322 УПК).

На основе изложенных норм сформировалась *следующая практика*:

1. предоставление в судебном заседании доказательств, полученных в ходе досудебного производства:

Государственный обвинитель исключительно по собственному усмотрению определяет, какие из указанных доказательств он будет предъявлять суду, о чем должен объявить до начала судебного следствия. Обычно круг свидетелей обвинения определен при направлении дела в суд, и государственный обвинитель следует этому списку. Что касается письменных и иных материалов дела (например, видео- и звукозаписей), то обвинитель оглашает их в том объеме, в котором сочтет необходимым, невзирая на то, что некоторые из этих материалов не могут либо не должны влиять не решение суда[62]. Теоретически защита может возразить против представления и исследования в суде тех или иных доказательств обвинения, ссылаясь на то, что они получены незаконным путем либо не относятся к рассматриваемому обвинению. Но практически всегда суд указывает защите, что вопросы относимости и допустимости будут решаться после исследования такого доказательства по сути, на стадии вынесения приговора, а защитник может высказать свое мнение по этому поводу в судебных прениях. В том случае, если обвинитель не представил в суде какие–либо из доказательств, собранных на предварительном следствии, защита может просить суд об исследовании этих доказательств в суде;

2. процесс представления новых доказательств:

Количество заявляемых обвинением ходатайств о приобщении, истребовании и исследовании новых доказательств незначительно, хотя большинство из таких ходатайств удовлетворяется судом. В случае, если доказательств обвинения оказывается недостаточно, обвинители предпочитают воспользоваться своим правом просить суд о приостановлении производства по делу и проведении вне суда дополнительных следственных и иных процессуальных действий (часть 5 статьи 301 УПК). Эти ходатайства, как правило, положительно разрешаются судом, и обвинение получает дополнительную возможность восполнить пробелы в своей позиции.

Иное отношение наблюдается к ходатайствам защиты. Суд всегда требует четкого обоснования этих ходатайств, иначе ходатайство отклоняется как необоснованное. Хотя защитнику зачастую сложно определить, будут ли содержать те сведения, об истребовании которых он просит суд, необходимую для принятия решения по делу информацию (например, просьба истребования сведений о личности свидетеля или потерпевшего с целью проверить достоверность их показаний). Кроме того, несмотря на требование о том,

[62] В Отчете по мониторингу судебных процессов эксперты ОБСЕ отмечали, что в судах по «делу 19 декабря» исследовалось множество неотносимых доказательств, содержащихся в материалах досудебного производства, включая сведения о привлечении обвиняемых к административной ответственности, сведения об их банковских счетах, содержание информации, находящейся в компьютерах, изъятых у них при обыске и др.

что определение суда в отношении таких ходатайств должно быть обосновано, суд редко прибегает к необходимому обоснованию своего решения в случае отказа в удовлетворении ходатайства и практически никогда не излагает мотивы своего решения в отдельном документе. И, наконец, суды в редких случаях удовлетворяют ходатайства защиты, которые требуют значительного времени и усилий (например, направления запросов о правовой помощи, проведение судебного осмотра места происшествия и т.п.). Распространенной является практика, при которой ходатайства о допросе свидетелей, заявленных защитой, удовлетворяются лишь в случае, когда эти свидетели явились в суд. В ином случае, в вызове и допросе свидетеля, как правило, отказывается. При этом очевидно, что защитник не имеет возможности для понуждения к явке в суд того или иного необходимого свидетеля.

Таким образом, в процессе представления в суде доказательств стороны оказываются в неравном положении. Обвинение имеет преимущество на начальной стадии, когда собранные в ходе досудебного производства сведения, выбранные по усмотрению обвинителя, без всяких условий заслушиваются судом. И только в отношении дополнительных доказательств обвинения учитывается мнение защиты, и принимается судебное решение об их приобщении и исследовании. В отношении же ходатайств защиты всегда существует «фильтр» (заслушиваются мнения сторон, и суд принимает решение), который позволяет отклонить ее материалы и ходатайства. На практике это неравенство усугубляется большей степенью доверия суда к доказательствам обвинения и меньшими возможностями защиты по получению тех или иных сведений.

Можно привести пример такого неравнозначного подхода. В одном из судебных процессов над участниками событий 19 декабря 2010 года в Минске по обвинению в участии в массовых беспорядках, обвинение, как и по другим аналогичным делам, представило полученные следствием видеозаписи событий. При этом было указано два источника этой информации: материалы съемок корреспондентов государственной телерадиокомпании (т.е. сведения предоставлены организацией) и «мониторинг сети интернет» (т.е. сведения взяты из сети самими участниками расследования). Данные материалы изучались судом, и, несмотря на сомнительность их происхождения, плохое качество и наличие монтажа (на что обращала внимание защита), они были признаны доказательствами и положены в основу приговора. В то же время, когда представители защиты пытались представить суду видеоматериалы из аналогичных источников, суд отказал в их приобщении и исследовании: в первой инстанции сославшись на то, что ему «достаточно» видеозаписей, представленных обвинением[63], в кассационной инстанции – на то, что ему «не известен источник» данных сведений.

2.2. Оглашение показаний свидетелей и потерпевших

Согласно пункту 2е) части 2 статьи 14 МПГПП, *каждый имеет право при рассмотрении любого предъявленного ему уголовного обвинения допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены.*

---

[63] Информация агентства «Интерфакс-Запад» о ходе судебного процесса по делу Виноградова и др.: http://www.interfax.by/news/belarus/91992

В Замечании общего порядка 32 КПЧ (пункт 39) определено, что *в качестве варианта применения принципа равенства состязательных возможностей данная гарантия имеет важное значение для обеспечения эффективной зашиты обвиняемыми и их защитниками и тем самым обвиняемым гарантируются те же самые юридические полномочия требовать присутствия свидетелей и подвергать перекрестному допросу любых свидетелей, имеющихся у обвинения.*

В *уголовно-процессуальном законодательстве Беларуси* имеется норма, допускающая исключение из указанного принципа. Так, пункт 2 части 1 статьи 333 УПК позволяет по усмотрению суда или ходатайству сторон оглашать показания потерпевшего и свидетеля, данные ими при досудебном производстве, при отсутствии указанных лиц в судебном заседании по причинам, исключающим возможность их явки. Верховный Суд Республики Беларусь разъяснил, что к таким причинам могут быть отнесены тяжелое заболевание, продолжительная командировка, выбытие с места жительства при невозможности установить местонахождение и т.п. Решая вопрос о признании конкретных обстоятельств исключающими возможность явки лица, суд в каждом случае должен выяснить мнение сторон[64].

Таким образом, при отсутствии возможности допросить свидетеля в суде, его показания, записанные на предварительном следствии и оглашенные в заседании, становятся доказательствами, которые учитываются при вынесении приговора.

На практике суды трактуют причины, исключающие явку свидетеля либо потерпевшего в судебное заседание, слишком широко, оглашают показания неявившихся свидетелей обвинения и используют их для своих выводов. Возражения стороны защиты в этом случае не являются решающими.

В Отчете БДИПЧ ОБСЕ отмечается, что «в ходе судебных процессов значительное число потерпевших-свидетелей из числа сотрудников полиции не явились давать показания в связи с тем, что находились на учебе, на больничном или по какой-нибудь иной причине (в командировке). Во многих случаях защита настаивала на том, чтобы они явились в суд. Однако судья зачитывал показания этих лиц, данные во время судебного следствия – в нарушение права защиты на очную ставку с ними»[65]. Все оглашенные показания потерпевших в этом случае были положены в основу обвинительных приговоров.

Другая проблема видится в том, что закон позволяет оглашение показаний потерпевшего и свидетеля, данных ими на предварительном следствии, при наличии существенных противоречий между этими показаниями и показаниями, данными в судебном заседании (пункт 1 части 1 статьи 333 УПК).

Существует практика, когда данная норма используется для того, чтобы «вернуть» свидетеля к его первоначальным показаниям, если в суде, отвечая на вопросы, он путается либо каким-либо образом меняет показания. В этом случае неизменно оглашаются показания, данные на досудебной стадии, и свидетелю напоминается, что он несет

[64] Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 26 сентября 2002 г. № 6 «О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции», пункт 12. // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[65] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)», пункт 282.

ответственность за дачу ложных показаний как на предварительном следствии, так и в суде. Следовательно, если его показания на данных стадиях различаются, то это можно расценивать как дачу ложных показаний (что является уголовным преступлением)[66]. После такой «разъяснительной работы» свидетели, как правило, подтверждают письменные показания, данные на следствии. В результате, это сводит на нет все усилия защиты по допросу свидетеля обвинения в суде, так как даже если, отвечая на вопросы защитника, свидетель каким-то образом уточняет или изменяет свои показания, в итоге он все равно подтвердит ту версию своих показаний, которая была сформирована на следствии без участия защитника.

На эту практику обращали внимание эксперты БДИПЧ ОБСЕ, отмечая, что она дает стороне обвинения уникальное преимущество. Когда письменным показаниями придается большее значение, чем устным показаниям в суде, то право конфронтации утрачивает всякий смысл, как и сама процедура дачи показаний в суде. Неравенство сторон усугубляется тем, что защита лишена процессуальных полномочий по проведению допросов и, следовательно, не может получать письменных показаний на досудебном этапе, чтобы иметь возможность огласить их в суде[67].

И, наконец, третья проблема (на нее указывает национальный эксперт Л.Л. Зайцева) - это предусмотренная законом (статья 68 УПК) возможность оглашения показаний свидетеля и потерпевшего, если в отношении него принята мера безопасности в виде освобождения от явки в судебное заседание. Эксперт отмечает, что, как правило, в отношении такого защищаемого лица одновременно применяется мера безопасности в виде неразглашения сведений о его личности. Таким образом, речь идет об использовании показаний анонимных свидетелей при рассмотрении дела в суде[68].

Применение указанных мер безопасности по закону (статья 65 УПК) находится в компетенции не только суда, но и органа уголовного преследования, то есть фактически - стороны обвинения. Причем, как указывает Л.Л. Зайцева, такие органы нередко используют предоставленное им право освобождать свидетеля от явки в суд в качестве стимула для получения от него определенных показаний[69]. Вместе с тем, это полностью исключает возможность защиты допросить такого свидетеля, а в случае, если применяется мера по неразглашению данных о его личности, - то и оценить его показания надлежащим образом, что является нарушением гарантии обвиняемого допрашивать показывающих

---

[66] Статья 401 Уголовного кодекса Республики Беларусь.

1. Заведомо ложное показание свидетеля или потерпевшего, либо заведомо ложное заключение эксперта, либо сделанный переводчиком заведомо неправильный перевод в суде при рассмотрении уголовных и гражданских дел либо при производстве предварительного следствия или дознания -

наказываются штрафом, или исправительными работами на срок до двух лет, или арестом на срок до шести месяцев, или ограничением свободы на срок до двух лет.

2. Те же действия, соединенные с обвинением в тяжком или особо тяжком преступлении или с искусственным созданием доказательств обвинения либо совершенные из корыстных побуждений, -

наказываются арестом на срок до шести месяцев, или ограничением свободы на срок до пяти лет, или лишением свободы на тот же срок.

// Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[67] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)», пункты 285-286.

[68] Зайцева Л.Л. Указ. соч.

[69] Зайцева Л.Л. Указ. соч.

против него свидетелей или чтобы такие свидетели были допрошены (с соблюдением принципа состязательности процесса).

В своем комментарии в рамках проекта «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь» советник Конституционного суда РФ, профессор А.В. Смирнов обращает внимание на то, что в практике ЕСПЧ также не раз возникал вопрос о допустимости анонимных показаний, полученных вне визуального контакта допрашивающих и допрашиваемых лиц. Он указал на выработанные Европейским судом условия, при которых такие доказательства могут быть допустимыми с точки зрения соблюдения стандартов состязательности:

а) имеются достаточные данные о наличии реальной угрозы запугивания или насилия в отношении свидетелей;

б) анонимные показания не являются единственным или даже главным основанием обвинительного приговора;

в) анонимные свидетели не являются штатными сотрудниками полиции, если речь не идет о совершенно исключительных обстоятельствах (решение по делу Van Mechelen v. The Netherland от 23 апреля 1997 г.);

г) защитникам-адвокатам предоставлена возможность допросить анонимных свидетелей *непосредственно* (т.е. при визуальном с ними контакте), хотя и в отсутствие обвиняемого, так чтобы защитники имели возможность наблюдать за реакцией свидетелей на вопросы и судить о правдивости их ответов (решение по делу Doorson v. The Netherland от 26 марта 1996 г.)[70].

2.3. Участие обвиняемого и защиты в судебном процессе на стадии обжалования и опротестования приговора

Принцип состязательности заложен и в признанное Пактом право обвиняемого быть судимым в его присутствии (пункт 3d статьи 14 МПГПП). Данное право является составляющим права на защиту и позволяет лицу лично выдвигать доводы в свою защиту, представлять их суду наравне с доводами обвинения.

Замечания общего порядка 34 КПЧ разъясняют (пункт 36), что судебные разбирательства в отсутствии обвиняемого совместимы с указанной нормой Пакта в случае, если этого требуют интересы правосудия, например, когда обвиняемые отказываются от своего права быть судимыми в их присутствии, но только если предпринимаются необходимые шаги по своевременному вызову обвиняемых в суд и

---

[70] Комментарии к рекомендациям по дальнейшему совершенствованию белорусского законодательства и правоприменительной практики в области статуса адвокатов, и принципа состязательности в уголовном процессе подготовлены доктором юридических наук, профессором, советником Конституционного Суда Российской Федерации, государственным советником юстиции Российской Федерации 1 класса Смирновым Александром Витальевичем**.** Материалы совместного проекта Программы развития ООН (ПРООН) и Детского фонда ООН (ЮНИСЕФ) «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь».

заблаговременному их информированию относительно даты и места суда и с требованием присутствовать.

Данные положения имплементированы в белорусское законодательство, если вести речь о рассмотрении дела судом первой инстанции. Статья 294 УПК предусматривает обязательное участие обвиняемого в судебном разбирательстве на этой стадии, за исключением случаев, когда лицо признает свою вину в совершении преступления, не представляющего большой общественной опасности или менее тяжком преступлении, и ходатайствует о рассмотрении дела в его отсутствие, а также при уклонении от явки обвиняемого, если он находится за пределами Республики Беларусь.

Однако проблема существует при рассмотрении в первой инстанции дел о применении принудительных мер безопасности и лечения, которые назначаются в отношении лиц, совершивших общественно – опасное деяние, предусмотренное уголовным законом, но по заключению судебно-психиатрической экспертизы признанных не способными отдавать отчет своим действиям и руководить ими. Производство по данной категории дел регулируется отдельной главой 46 Уголовно-процессуального кодекса, где содержится норма о том, что суд вправе вызвать в судебное заседание лицо, в отношении которого рассматривается уголовное дело, если этому не препятствует характер этого заболевания. Из содержания этой нормы следует, что реализация права быть заслушанным судом для такого лица зависит от усмотрения суда. При этом не ясно, какой категорией является понятие «невозможность участия в судебном заседании» - медицинской или юридической. Было бы логично предположить, что если вопрос о невозможности сознавать значение своих действий и руководить ими (на основании чего суд делает вывод о невменяемости) находится в компетенции медиков, то и решение вопроса о невозможности участия в судебном заседании должно зависеть только от соответствующего медицинского заключения, не вызывающего сомнений.

На практике суды не вызывают лиц, в отношении которых рассматривается вопрос о применении указанных мер и без наличия какого – либо медицинского заключении по этому поводу. Это, безусловно, является нарушением их права быть заслушанным судом.

В стадии рассмотрения дел в кассационной инстанции закон не предусматривает гарантий участия обвиняемого в заседании в том объеме, как они предусмотрены для первой инстанции.

По общему правилу (часть 1 статьи 382 УПК) участие в рассмотрении дела в кассационном порядке является правом, но не обязанностью участников процесса. Но реализация этого права для лиц, находящихся под стражей или домашним арестом, находится в зависимости от действий суда, который принимает либо не принимает меры к их доставлению в судебное заседание.

Закон требует обязательного участия в судебном заседании в кассационной инстанции лиц, приговоренных к смертной казни (часть 3 статьи 382 УПК). В отношении всех остальных лиц до недавнего времени вопрос о необходимости их участия решался судом, и практически никогда такие лица не доставлялись в судебное заседание.

3 января 2012 года в УПК в этой части были внесены изменения, и в действующей редакции расширено право участия в кассационной инстанции лиц, находящихся под стражей и домашним арестом. Теперь, если дело рассматривается по жалобе потерпевшего

либо по протесту прокурора, по основаниям, могущим повлечь ухудшение положения обвиняемого, то по его ходатайству он должен быть вызван в заседание (часть 3 статьи 382 УПК). Это, очевидно, связано с расширением полномочий суда кассационной инстанции и предоставлении ему права изменить приговор в сторону ухудшения положения обвиняемого (применение закона о более тяжком преступлении, усиление наказания), не направляя дело на новое судебное рассмотрение (часть 2 статьи 386 УПК). Таким образом, обвиняемый в данном случае, при его желании, имеет возможность непосредственно перед судом кассационной инстанции выдвигать доводы в свою защиту.

Однако, эта гарантия по-прежнему не доступна лицам, содержащимся под стражей или домашним арестом, которые сами либо с помощью защитника обжаловали приговор и просят суд второй инстанции о прекращении дела (фактически о признании невиновности) либо о смягчении наказания. Законом не предусмотрена обязанность суда по принятию мер к заслушиванию таких лиц. И на практике их ходатайства о вызове в судебное заседание для дачи объяснений не удовлетворяются судом.

Вместе с тем, согласно международной практике, которой, в частности придерживается Европейский суд по правам человека, процедура пересмотра судебных решений должна удовлетворять принципам справедливого процесса. И если вышестоящая инстанции рассматривает вопросы не только права, но и фактов (как то – вопросы виновности или невиновности), то право быть заслушанным судом лично должно быть реализовано[71]. Поэтому необходимо признать, что отсутствие такой гарантии в белорусском законодательстве для всех лиц при рассмотрении их дела в кассационной инстанции не соответствует содержанию указанного права.

Следует также отметить, что, несмотря на необязательность участия сторон при кассационном рассмотрении дела, на практике прокурор участвует в кассации по всем делам и дает заключения, которые призваны оказать влияние на мнение суда. При таком положении вынужденное отсутствие обвиняемого будет нарушением принципа состязательности.

Процедура слушания дела в надзорном производстве, как она установлена УПК Республики Беларусь, находится еще дальше от реализации указанного принципа. Так, согласно части 3 статьи 411 УПК при рассмотрении уголовного дела в порядке надзора обязательно участвует прокурор соответствующего уровня. При этом осужденный либо оправданный и его защитник могут быть приглашены в это заседание «в необходимых случаях», и только тогда обеспечивается возможность ознакомления с протестом. Учитывая, что надзорная инстанция также вправе решать вопросы фактов, в том числе виновности лица, то лишение его права давать свои пояснения на этой стадии также необходимо расценивать как нарушение принципа состязательности. Это тем более очевидно в случае, когда прокурором подан протест и поддерживается позиция против интересов такого осужденного, оправданного, а он не имеет гарантированной возможности выдвигать доводы в свою защиту.

[71] Л.Л. Зайцева, рассматривая этот вопрос, ссылается на дело Д. Экбатани против Швеции; Ekbatani v. Sweden, 26 May 1988, Series A no. 134

3. Презумпция невиновности

Согласно части 2 статьи 14 МПГПП *каждый обвиняемый в уголовном преступлении имеет право считаться невиновным, пока виновность его не будет доказана согласно закону.*

В Замечаниях общего порядка 32 КПЧ (пункт 30) перечислены следующие составляющие данного принципа:

- обязанность доказывания возлагается на обвинение;
- никакая вина не может быть презюмирована до тех пор, пока виновность не была доказана вне всяких разумных сомнений;
- все сомнения толкуются в пользу обвиняемого;
- с лицами, которым предъявляются обвинения, должны обращаться в соответствии с этим принципом. *Все государственные органы власти обязаны воздерживаться от предрешения исхода судебного разбирательства, например, воздерживаясь от публичных заявлений, в которых утверждается о виновности обвиняемого. В ходе судебного разбирательства подсудимые по общему правилу не должны заковываться в наручника или содержаться в клетках или каким-либо иным образом представать в суде в обличии, указывающем на то, что они могут быть опасными преступниками. Средствам массовой информации следует воздерживаться от подачи новостей таким образом, чтобы это подрывало презумпцию невиновности.*

В Конституцию Республики Беларусь (статья 26) и УПК (статья 16) имплементированы нормы о том, что обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном законом порядке и не будет установлена вступившим в законную силу приговором суда. Обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Орган уголовного преследования, суд не вправе перелагать обязанность доказывания на обвиняемого. Сомнения в обоснованности предъявленного обвинения толкуются в пользу обвиняемого.

В то же время в белорусском законодательстве и практике имеются проблемы с реализацией данного принципа, относящиеся к использованию показаний обвиняемого для доказывания его вины, а также к проявлению определенного отношения к обвиняемому до вступления приговора в законную силу.

3.1. Использование показаний обвиняемого

Представляется, что с запретом возлагать обязанность доказывания на обвиняемого тесно связано его право не свидетельствовать против себя и отказаться от дачи показаний (пункт 8 части 2 статьи 43 УПК).

Вместе с тем, обращает на себя внимание, что показания обвиняемого в судебном заседании предъявляются как доказательства обвинения, что следует из положения статьи 327 УПК, согласно которому при допросе обвиняемого в суде, если он согласен давать показания, первой его допрашивает сторона обвинения. Однако это не согласуется с тем,

что обязанность доказывания лежит на обвинении, а для обвиняемого первичным является право на защиту, и в процессе он защищает себя как лично, так и с помощью защитника.

Кроме того, нормы пунктов 1 и 2 части 1 статьи 328 УПК позволяет по усмотрению суда или по ходатайству сторон огласить показания обвиняемого, данные при досудебном производстве, а также воспроизвести звукозапись его показаний, видеозапись или киносъемку допроса, при отказе обвиняемого от дачи показаний в судебном заседании либо при наличии существенных противоречий между этими показаниями и показаниями, данными в судебном заседании. Таким образом, фактически право обвиняемого на отказ от дачи показаний в этом случае подрывается.

Данная норма широко используется белорусскими судами. Нередки ситуации, когда письменные показания обвиняемого, данные на стадии расследования, суд признает более достоверными, чем его показания при судебном разбирательстве дела. При этом, как правило, заявления о прямом и косвенном принуждении обвиняемого к даче определенных показаний на предварительном следствии, не проверяются надлежащим образом и не принимаются во внимание. В случае же, когда обвиняемый реализует в суде свое право на отказ от дачи показаний, его признательные показания в досудебном производстве используются обвинением для доказательства его вины и, в основном, кладутся в основу обвинительного приговора. Также встречаются ситуации, когда отказ обвиняемого сообщить определенные сведения суду получают в приговоре негативную оценку и служит основанием для вывода о виновности. Указанная практика свидетельствует о перекладывании бремени доказывания на обвиняемого.

Национальный эксперт Л.Л. Зайцева обращает внимание на то, что действующая редакция статьи 328 УПК противоречит также пункту 3g) части 3 статьи 14 МПГПП, который закрепляет право каждого не быть принужденным к даче показаний против самого себя. Она полагает, что оглашение показаний обвиняемого, данных в досудебном производстве, при его отказе от дачи показаний в судебном заседании можно лишь при согласии самого обвиняемого и его защитника[72].

3.2. Обращение с обвиняемыми в зале суда

В Беларуси сформировалась практика, не имеющая исключений, в соответствии с которой обвиняемый, содержащийся под стражей, в зале суда находится в клетке. Такие обвиняемые входят в зал суда и выводятся из него в наручниках. Если дело имеет общественный резонанс, и процесс освещается в СМИ, то в них размещаются именно эти кадры. Таким образом, с первого дня судебного процесса обвиняемый предстает перед судом и обществом в обличии, позволяющем ассоциировать его как опасного преступника. В большинстве случаев такие меры безопасности по отношению к обвиняемым ничем не оправданы и не сбалансированы с точки зрения соблюдения презумпции невиновности.

[72] Зайцева Л.Л. Указ.соч.

3.3. Позиция государственных средств массовой информации и заявления должностных лиц государства

В отчете БДИПЧ ОБСЕ по мониторингу судебных процессов в Беларуси указывалось на то, что государственные средства массовой информации, в частности белорусское телевидение государственные газеты еще во время предварительного расследования обнародовали материалы, имеющие отношение к делам по обвинению участников событий 19 декабря 2010 года в Минске. Так, по телевидению показывались видеозаписи допросов этих лиц, транслировались звукозаписи телефонных разговоров[73], показывались записи их электронной переписки.

Кроме того, что разглашение личных данных может быть расценено как неправомерное вмешательство в личную жизнь, такая утечка и обнародование информации были призваны вызвать негативную реакцию общественности и тем самым является нарушением презумпции невиновности.

Подобную позицию СМИ занимают и по другим делам, представляющим общественный интерес. Так, Правозащитный центр «Весна» в подготовленном им документе по итогам мониторинга судебного процесса по уголовному делу в отношении председателя организации А.В. Беляцкого сообщает: «С момента задержания Алеся Беляцкого в государственных СМИ была развернута кампания, направленная на его дискредитацию в общественном мнении. В многочисленных публикациях государственных газет и репортажах государственного телевидения прямо заявлялось, что он уклонялся от уплаты налогов и обманул государство, являлся «хранителем оппозиционного общака», говорилось о якобы имевших место «финансовых махинациях» и т.д.»[74]. В СМИ утверждалось о виновности А. Беляцкого, распространялась его личная информация, в том числе о принадлежащем ему имуществе, которая сопровождалась ложными комментариями. Государственные СМИ и в целом представляли личность А. Беляцкого в негативном свете[75].

Что касается высказываний должностных лиц государства в отношении уголовных дел, приговор по которым еще не вынесен либо не вступил в законную силу, примеры таких высказываний, подрывающих презумпцию невиновности, приводились ранее по тексту настоящего раздела.

4. Реализация права на пересмотр приговора

Пунктом 5 статьи 14 Пакта гарантировано: *Каждый, кто осужден за какое-либо преступление, имеет право на то, чтобы его осуждение и приговор были предусмотрены вышестоящей судебной инстанцией согласно закону.*

---

[73] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)», Пункты 159-160; а также, например, статья «За кулисами одного заговора. Переданные по указанию Главы государства для опубликования в "СБ" рассекреченные документы о событиях 19 декабря» в газете «СБ. Беларусь сегодня» от 14.01.2011: <http://www.sb.by/post/111079/>, от 15.01.2011: <http://www.sb.by/post/111131/>, от 21.01.2011 < http://www.sb.by/post/111406/>.

[74] Итоги мониторинга судебного процесса над Алесем Беляцким. Сайт Правозащитного центра «Весна». < http://spring96.org/ru/news/49731>.

[75] См., например, публикации на: <http://vsr.mil.by/2011/08/30/pravozashhitnik-net-pravonarushitel/>, <http://www.belta.by/ru/person/comments/Denis-Polevanov_i_0000512470.html>, <http://www.ctv.by/node/58724>

В статье 115 Конституции Республики Беларусь содержится норма, согласно которой стороны и лица, участвующие в процессе, имеют право на обжалование решений, приговоров и других судебных постановлений.

В Уголовно-процессуальном кодексе Республики Беларусь право обжалования приговора, не вступившего в законную силу, и порядок его реализации регулируется главой 39. Вместе с тем, часть 6 статьи 370 УПК содержит исключение из конституционного принципа: *Приговоры Верховного Суда Республики Беларусь обжалованию и опротестованию в кассационном порядке не подлежат.* Возможность обжалования такого решения существует только в порядке надзорного производства.

В Замечаниях общего порядка 32 КПЧ содержится толкование нормы пункта 5 статьи 14 МПГПП, суть которого состоит в том, что само существование права на пересмотр не может быть оставлено на усмотрение государств-участников, это право признано в Пакте. *Выражение «согласно закону» скорее имеет отношение к определению порядка и условий проведения обзора вышестоящей инстанцией, а также того, что на каждый из судов ложится ответственность за осуществление пересмотра в соответствии с Пактом* (пункт 45 Замечания). *В тех случаях, когда высший суд страны действует в качестве суда первой и единственной инстанции, отсутствие права на пересмотр вышестоящим судом не компенсируется тем фактом, что лицо судимо верховным судом соответствующего государства-участника; такая система скорее не совместима с Пактом, кроме как если соответствующее государство-участник сделало оговорку в этом отношении* (пункт 47 Замечания).

Республика Беларусь не сделала указанную оговорку к Пакту. Поэтому государство должно было в полной мере имплементировать рассматриваемую норму своего международного договора во внутреннее законодательство, что является его обязанностью по статье 2 Пакта. Существование же в законе нормы, которая лишает права обжалования не вступившего в законную силу приговора, который вынесен по первой инстанции Верховным Судом, не совместимо с гарантией Пакта.

Комитет по правам человека разъясняет также, что *система надзорного производства, которая применяется лишь к приговорам, обращенным к исполнению, не отвечает требованиям пункта 5 статьи 14, независимо от того, может быть такой пересмотр инициирован по ходатайству осужденного лица либо в порядке осуществления дискреционного полномочия судьи или обвинителя* (пункт 50 Замечания).

Следовательно, существование в УПК норм, позволяющих подавать жалобу в порядке надзора на приговор Верховного Суда с просьбой принесения протеста Председателем Верховного Суда либо Генеральным прокурором (их заместителями) на предмет отмены или изменения приговора (глава 42 УПК) – не компенсирует отсутствие права на кассационное обжалование такого приговора, нарушающего пункт 5 статьи 14 Пакта. Следует учесть также, что, согласно международной практике, надзорная инстанция не признается эффективным средством правовой защиты, так как заявитель не обладает правом самостоятельно инициировать процедуру судебного разбирательства по своему делу, а может только просить уполномоченное лицо об этом. Возбуждение процедуры

целиком зависит от усмотрения должностного лица, поэтому успех такого средства сомнителен[76].

Указанная проблема белорусского законодательства наглядно проявилась с вынесением смертного приговора Д.Коновалову и В. Ковалеву, обвиняемым в совершении теракта в минском метро 11 апреля 2011 года[77]. Поскольку дело было принято к рассмотрению по первой инстанции судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда, указанные лица не имеют права обжалования этого приговора в кассационном порядке. Это является не только нарушением их права, гарантированного пунктом 5 статьи 14 Пакта, но и ведет к нарушению права на жизнь (статья 6 Пакта), поскольку «вынесение смертного приговора по окончании судебного разбирательства, в котором не были соблюдены положения статьи 14 Пакта, представляется собой нарушение права на жизнь»[78].

---

[76] См., например, *Юрий Искияев против Узбекистана (Yuri Iskiyaev v. Uzbekistan)*, КПЧ ООН, Сообщение № 1418/2005, соображение от 20 марта 2009, UN Doc. CCPR/C/87/D/1418/2005, 22 апреля 2009, п. 6.1, стр.8.: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/DER/G09/416/99/PDF/G0941699.pdf?OpenElement; *Тумилович против России (Tumilovich v. Russia)*, ЕСПЧ, Сообщение № 47033/99, решение от 22 июня 1999, часть B, The Law, 1: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=46&portal=hbkm&action=html&highlight=RUSSIA&sessionid=75421279&skin=hudoc-en>

[77] См., например, сообщение Telegraf.by от 30 ноября 2011 года: < http://telegraf.by/2011/11/kovalev-i-konovalov-ojidayut-verdikt-suda-po-delu-o-vzrivah>

[78] Замечание общего порядка 32 Комитета по правам человека, пункт 59. CCPR/C/GC/32, 23 August 2007 [Электронный ресурс]: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/73/PDF/G0743773.pdf?OpenElement

Раздел 2. Выводы и рекомендации

Проведенное исследование позволяет сделать вывод о том, что при рассмотрении в судах Республики Беларусь дел, связанных с уголовными обвинениями, многие гарантии права на справедливое судебное разбирательство не находят своей реализации. Это связано с тем, что в белорусское законодательство и правоприменительную практику надлежащим образом не имплементированы международные стандарты этого права. Поэтому, выполняя свои обязанности по добросовестному выполнению международных договоров (статья 26 Венской конвенции «О праве международных договоров»), обязательства принимать все законодательные и другие меры, которые могут оказаться необходимыми для осуществления прав, признаваемых в Пакте (статья 2 Международного пакта о гражданских и политических правах), а также обязательства, вытекающие из членства в Организации Объединенных Наций, государство должно предпринять необходимые усилия по приведению своего национального законодательства и практики его применения в соответствие с международными стандартами в данной области. Тем более, такую рекомендацию Беларусь приняла в результате процедуры Универсального периодического обзора в Совете по правам человека в 2010 году[79].

Представляется необходимым изложить некоторые рекомендации, включая те, которые были высказаны международными институтами, а также международными и национальными экспертами.

1. Независимость судебной власти и беспристрастность суда:

— признать отсутствие независимости белорусских судов на системном уровне;

— укрепить независимость судебных органов[80], гарантировать их полную независимость в соответствии с Основными принципами независимости судов[81], установить прозрачную и независимую систему выбора судей и привлечения их к дисциплинарной ответственности[82].

С этой целью внести изменения в законодательство:

<u>по процедуре назначения судей:</u>

- передать решающие полномочия квалификационной коллегии судей;
- компетенцию формирования экзаменационной комиссии закрепить за квалификационной коллегией судей;

---

[79] Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Belarus. Human Rights Council. Fifteenth session. Agenda item 6 Universal Periodic Review. A/HRC/15/16. Recommendation 97.3.

[80] Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Belarus. Human Rights Council. Fifteenth session. Agenda item 6 Universal Periodic Review. A/HRC/15/16. Recommendation 98.25.

[81] Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention. Concluding observations of the Committee against Torture. Belarus. Committee against Torture. Forty-seventh session 31 October–25 November 2011. CAT/C/BLR/CO/4. Para 13.

[82] Отчет Международной комиссии юристов для Универсального периодического обзора по Республике Беларусь. Ноябрь 2009. Совет по правам человека. 8-я сессия Рабочей группы по Периодическому универсальному обзору 3 – 14 мая 2010 года.

- ограничить функции экзаменационной комиссии приемом экзамена по праву у претендента на должность судьи и определением его квалификации. Установить правила разработки и публикации программы квалификационного экзамена;
- исключительную компетенцию принятия решения о приеме кандидатом в судьи закрепить за квалификационной коллегией, которая с учетом результатов квалификационного экзамена должна проводить оценку моральных и деловых качеств претендента на должность судьи. При этом необходимо разработать четкие, единообразные объективные критерии определения таких качеств на уровне квалификационных коллегий, ввести их в практику, а последующем – в закон;
- упразднить порядок совместного представления Министра юстиции и Председателя Верховного или Высшего хозяйственного суда на должность судьи. Признать решение квалификационной коллегии достаточным основанием для назначения на должность;
- придать заключению квалификационной коллегии по вопросу назначения судей обязательный характер. Функция осуществления формального назначения судей может быть передана Председателю Верховного, Высшего хозяйственного Суда (либо оставлена за главой государства - для придания большего авторитета судебной власти), но при этом необходимо предусмотреть исключительные, четко определенные законом основания, при которых при положительном заключении квалификационной коллегии назначение может быть не произведено;
- установить четкие основания для отказа коллегией в приеме кандидатом в судьи либо назначения на должность судьи;
- предусмотреть право обжалования решения коллегии об отказе в приеме кандидатом в судьи либо назначения на должность судьи в суд областного уровня, а Квалификационной коллегии Верховного Суда - Пленуму Верховного Суда;
- упразднить ограниченный срок назначения судей. Может быть предусмотрен короткий испытательный срок (не более полугода) – до первой аттестации, которую проводит квалификационная коллегия, принимающая окончательное решение о возможности бессрочного назначения судьи. Применять четкие критерии и ограниченные законом основания отказа в назначении в данном случае;

<u>по вопросу карьерного роста судей:</u>

- присвоение квалификационного класса судей передать в исключительное ведение квалификационных коллегий. Разработать и установить ясные критерии оценки работы судьи и его качеств коллегией при рассмотрении данного вопроса;

<u>в отношении дисциплинарной ответственности судей:</u>

- вопросы дисциплинарной ответственности судей передать в исключительное ведение квалификационной коллегии либо специально созданной судьями дисциплинарной комиссии. Право возбуждения дисциплинарного производства передать в компетенцию этого органа. Иные должностные лица, которым на

данный момент принадлежит право возбуждения дисциплинарного производства, могут быть наделены полномочиями вносить представления о возбуждении дисциплинарного производства в этот орган;

- предусмотреть в законе ясные основания привлечения к дисциплинарной ответственности и дифференцировать, за какие виды нарушений какие виды дисциплинарных взысканий могут быть назначены;
- установить в законе исчерпывающий перечень оснований, по которым судья может быть освобожден от должности, которые могут относиться только к неспособности осуществлять функции судьи или совершению действий, несовместимых с должностью судьи;
- установить процедуру, в соответствии с которой в действиях (бездействиях) судьи может определяться неправомерное поведение. Включить в эту процедуру предварительную коллегиальную проверку относимых фактов в разумные сроки, в процессе которой судья имел бы право знать о любых предъявляемых ему обвинениях с момента, когда об этом стало известно дисциплинарному органу, давать любые объяснения и представлять любые документы в свою пользу. Признать возможным участие, по желанию судьи, его представителя;
- усилить требование обязательного участия судьи в рассмотрении его дела, признав исключительность случаев, когда судья не принимает участия в этой процедуре, и установив их в законе;
- распространить право обжалования решения дисциплинарного органа в суд на все без исключения дисциплинарные взыскания;
- лишить Президента полномочий, связанных с наложением дисциплинарных взысканий на судей;

<u>по вопросу полномочий председателя суда:</u>

- отменить полномочия председателя суда в плане вмешательства в рассмотрение дела[83], включая функции контроля за качеством рассмотрения дел и распределения дел по своему усмотрению;
- разработать систему распределения дел на основе в максимально возможной степени объективных и прозрачных критериев, установленных заранее законом или специальными актами на основании закона [84].

Изменить практику:

- упразднить систему зональности в существующем виде, исключить практику консультаций вышестоящих судей по конкретным делам, которые могут быть представлены на их разрешение в порядке обжалования и опротестования;
- придавать большее значение формированию у судей чувства понимания концепции независимости, ее ценности и принципов путем соответствующей профессиональной подготовки[85];

---

[83] Джереми МакБрайд. Комментарии к рекомендациям экспертов по теме «Судоустройство и статус судей». Материалы совместного проекта Программы развития ООН (ПРООН) и Детского фонда ООН (ЮНИСЕФ) «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь».

[84] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)», пункт 110.

[85] Dato’ Param Cumaraswamy. Civil and political rights, including questions of: independence of the judiciary,

- актуализировать разъяснения Верховного Суда Республики Беларусь, изложенные в постановлении Пленума №14 от 23 декабря 1999 г. «О повышении культуры судебной деятельности и улучшении организации судебных процессов»;
- на уровне органов судейского самоуправления уделять большее внимание соблюдению судьями этических норм и строгому следованию требованиям беспристрастности;
- исключить любое вмешательство в независимость судов;
- пересмотреть практику формального рассмотрения кассационных жалоб. Судьи должны быть готовы работать с обеими сторонами, концентрируя внимание на существенных правовых и фактических вопросах, которые потенциально могут изменить характер приговора. Решение по жалобе не обязательно выносить немедленно после устного разбирательства с тем, чтобы судьи имели достаточно времени на изучение поставленных вопросов[86].

2. Состязательность

Внести изменения в законодательство:

- внести в соответствующие законы нормы об обязанности организаций, учреждений и должностных лиц предоставлять сведения, запрашиваемые адвокатом для оказания юридической помощи (при этом добросовестность адвоката при запрашивании таких сведений должна презюмироваться);
- дополнить УПК Республики Беларусь нормой, в соответствии в которой орган ведущий уголовный процесс, обязан приобщить сведения, полученные адвокатом в порядке реализации его права на получение таких сведений, установленного статьей 17 Закона «Об адвокатуре» и частью 3 статьи 103 УПК[87];
- рассмотреть целесообразность введения института рассмотрения судом жалоб адвокатов на отказ в удовлетворении ходатайств о получении доказательств на стадии предварительного расследования;
- пересмотреть существующий порядок представления суду доказательств сторонами. Предлагается два альтернативных варианта:

  I. суду до начала слушания дела не предоставляются все доказательства обвинения, судье передаются лишь те материалы, которые необходимы для назначения дела к слушанию (такие, как постановление о предъявлении обвинения, данные о мере пресечения и личности обвиняемого)[88]. В этом случае представление доказательств должно происходить непосредственно при судебном разбирательстве дела на равноправной основе, когда каждая из сторон, предъявляя свои доказательства, должна обосновать относимость и

---

administration of justice, impunity. Report of the Special Reporter on the independence of judges and lawyers on mission to Belarus. Commission on Human Rights. Fifty-seventh session. Item 11 (d) of the provisional agenda. E/CN.4/2001/65/Add.1.

[86] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)», пункт 110.

[87] Зайцева Л.Л. Указ. соч.

[88] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)».

допустимость каждого их них, и суд принимает решение об исследовании доказательства после заслушивания мнений всех участников процесса;

II. введение стадии предварительного слушания дела, в которой, на основе состязательности, по ходатайству заинтересованной стороны разрешается вопрос о признании неотносимым либо недопустимым того или иного доказательства, полученного в ходе предварительного расследования. В случае признания таковым, это доказательство не является предметом исследования в судебном заседании и не используется для постановления приговора[89];

- закрепить в УПК Республики Беларусь положение, в соответствии с которым оглашение показаний потерпевших и свидетелей, данных ими в предыдущем производстве, в том случае, когда эти лица не были допрошены в суде, возможно только с согласия сторон;
- установить в УПК исчерпывающий перечень обстоятельств, исключающих явку в суд свидетелей и потерпевших (напр., в частях 2 и 3 статьи 281 УПК Российской Федерации указаны такие обстоятельства: смерть потерпевшего или свидетеля; тяжелая болезнь, препятствующая явке в суд; отказ потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином, явиться по вызову суда; стихийное бедствия или иные чрезвычайные обстоятельства, препятствующие явке в суд[90]);
- внести изменения в УПК, исключив меру по обеспечению безопасности потерпевшего, свидетеля в виде освобождения от явки в судебное заседание (пункт 2 части 1 статьи 66, статья 68 УПК). Предлагается одной из процессуальных мер защиты свидетеля и потерпевшего сделать допрос защищаемого лица в закрытом судебном заседании в отсутствии обвиняемого, предварительно удаленного из зала судебного заседания, но с участием его защитника[91];
- внести изменения в статью 382 УПК Республики Беларусь, предусмотрев обязательное участие обвиняемого, находящегося под стражей, в заседании суда кассационной инстанции, если обвиняемый ходатайствует об этом перед судом, во всех случаях[92];
- внести дополнения и изменения в статьи 410 и 411 УПК, предусмотрев обязательность направления копии протеста в порядке надзора осужденному, оправданному, его защитнику, а также извещения этих лиц о времени и месте рассмотрении дела надзорной инстанцией, праве участвовать в судебном заседании и подать свои возражения и объяснения на протест с приложением необходимых документов[93].

Изменить практику:

- исключить случаи неравного отношения суда к сторонам в процессе. Суды должны соблюдать принцип состязательности и обеспечивать сторонам

[89] Зайцева Л.Л. Указ. соч.

[90] Там же.

[91] Там же.

[92] Там же.

[93] Там же.

действительно равные возможности по представлению доказательств и отстаивания своей позиций.

3. Презумпция невиновности

Внести изменения в законодательство:

- изменить часть 1 статьи 327 УПК, установив, что при согласии обвиняемого давать показания в суде первой его допрашивает сторона защиты;
- изменить пункт 2 части 1 статьи 328 УПК, указав, что при отказе обвиняемого от дачи показаний в судебном заседании оглашение его показаний, данных при досудебном производстве, возможно лишь при согласии сторон.

Изменить практику:

- признать исключительными ситуации, когда письменным показаниям обвиняемого, данным на стадии досудебного производства, суд отдает предпочтение в сравнении с показаниями, изложенными непосредственно в судебном заседании. Когда обвиняемый заявляет о применении к нему мер прямого или косвенного принуждения к даче тех или иных показаний на предварительном следствии, судам необходимо в каждом случае реагировать на эти заявления и откладывать разбирательство дела до проведения проверки этих заявлений уполномоченным на это органом;
- искоренить практику содержания обвиняемых в клетке в зале суда и поголовного применения наручников. Меры безопасности в отношении обвиняемым должны быть в каждом случае должны быть основаны на индивидуальной оценке риска и не должны создавать впечатление о виновности обвиняемых[94];
- должностные лица государства должны воздерживаться от публичных заявлений, из которых следует их мнение о виновности обвиняемых[95];
- средствам массовой информации необходимо более строго следовать стандарту - воздерживаться от подачи новостей таким образом, чтобы это подрывало презумпцию невиновности. СМИ необходимо отказаться от практики обнародования материалов предварительного расследования, фрагментов допросов и телефонных переговоров, особенно если это касается лиц, вина которых не установлена судом[96]. СМИ должны прекратить практику сообщения заведомо недостоверных сведений в отношении обвиняемых.

4. Пересмотр приговора вышестоящей инстанцией

Внести изменения в законодательство:

- исключить из Уголовно-процессуального кодекса часть 6 статьи 370 (согласно которой приговоры Верховного Суда не подлежат обжалованию в

---

[94] Отчет БДИПЧ ОБСЕ «Мониторинг судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.)».
[95] Там же.
[96] Там же.

кассационном порядке), тем самым распространив право кассационного обжалования на все приговоры, вынесенные судом первой инстанции;

- внести в УПК соответствующие дополнения, в которых предусмотреть компетенцию соответствующей судебной инстанции (Президиума Верховного Суда) рассматривать дела по кассационным жалобам и протестам на приговоры, не вступившие в законную силу.

III. Правовой анализ типичных нарушений права на защиту как элемента права на справедливое судебное разбирательство

Введение

Первым международным документом, где комплексно и системно изложены основные права и свободы – Всеобщей декларацией о правах человека, 1948 г. – провозглашено, что каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право, на основе полного равенства на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом. Этот документ стал базисом для разработки в дальнейшем всех международных и региональных договоров по правам человека, где нашло закрепление, в том числе, и право на справедливое судебное разбирательство[97].

Соблюдение права на справедливое судебное разбирательство и его гарантий особенно важно тем, что посредством его реализации индивиды могут осуществлять защиту других своих основных прав.

Среди гарантий справедливого судебного разбирательства договорами о правах человека выделено право на защиту[98]. А для обеспечения надлежащей защиты прав и основных свобод человека, пользоваться которыми должны все люди, независимо от того, являются ли эти права экономическими, социальными и культурными или гражданскими и политическими, необходимо, чтобы все люди действительно имели доступ к юридическим услугам, предоставляемым независимыми профессиональными юристами[99]. Обеспечение надлежащей защиты прав и основных свобод человека является обязанностью государств.

Анализ международных и европейских стандартов реализации права на защиту в справедливом судебном заседании позволяет заключить, что право на защиту в справедливом судебном разбирательстве означает гораздо больше, нежели просто право на представительство лиц в суде.

Обеспечивая реализацию права на защиту посредством профессионального независимого адвоката, государства обеспечивают индивидам эффективный доступ к правосудию: по их желанию или, когда того требуют интересы правосудия, в любом случае, в том числе, бесплатно, за счет средств государства, когда у лиц нет достаточно средств для оплаты услуг адвоката, как в уголовном, так и в определенных случаях, в гражданском и административном процессах.

---

[97] См., например: ст. 14 Международного пакта ООН о гражданских и политических правах (1966 г.), ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1953 г.); ст. 7 Африканской хартии прав человека и народов (1986г.); ст. 8 Американской конвенции о правах (1978 г.).

[98] п.п. b), d) ч.3 ст.14 Международного пакта ООН о гражданских и политических правах (1966 г.) // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[99] Преамбула Основных принципов, касающихся роли юристов, приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Гавана, Куба, 27 августа – 7 сентября 1990 года [Электронный ресурс]: <http://www.conventions.ru/view_base.php?id=366>.

Адвокат играет особую роль в обеспечении верховенства Закона. В своей деятельности он служит интересам правосудия, а также людям, права и свободы которых он отстаивает и защищает.

Доступ к правосудию посредством юридической помощи профессионального независимого адвоката, предоставляет индивидам возможность получать и использовать в процессе отправления правосудия необходимую правовую информацию и юридические советы. Это позволяет знать и понимать свои права, Закон, пользоваться предоставляемыми Законом правами и возможностями, использовать все предусмотренные Законом средства правовой защиты.

Реализация права на защиту посредством юридической помощи независимого профессионального адвоката особенно ценна, потому что именно таким образом достигается фактическое равенство состязательных возможностей индивида и стороны обвинения, представленной профессиональными юристами, на всех стадиях процесса, в том числе, за счет их равенства с точки зрения правовой компетентности в процессе отправления правосудия.

Очевидно, что нарушение права на защиту влечет за собой нарушение права на справедливое судебное разбирательство.

В настоящем исследовании будут рассмотрены международные и европейские стандарты реализации права на защиту в справедливом судебном заседании, произведен анализ того, каким образом эти стандарты соблюдены в законодательстве и правоприменительной практике Республики Беларусь; будут выявлены наиболее значимые проблемы и типичные нарушения права на защиту. Правовому анализу будет подвергнут новый Закон Республики Беларусь от 30 декабря 2011 года №334-З «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» (вступил в силу 6 апреля 2012 года), а также иные нормативные акты, регулирующие адвокатскую деятельность, локальные нормативные акты адвокатских образований.

Раздел 1. Содержание права на защиту, как одной из гарантий справедливого судебного разбирательства. Международные стандарты и типичные нарушения права на защиту в законодательстве и правоприменительной практике Республики Беларусь

1. Общие положения о гарантиях справедливого судебного разбирательства, касающихся права на защиту

Согласно международным договорам о правах человека, право на защиту - одна из гарантий справедливого судебного разбирательства, которое в свою очередь является важнейшим элементом защиты прав человека и служит одним из процессуальных средств обеспечения верховенства Закона.

Статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, установлено, что все лица равны перед судами и трибуналами. Каждый имеет право при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, или при определении его прав и обязанностей в каком-либо гражданском процессе на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона (п.1 ст.14 Пакта, аналогично – п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года).

При этом, *каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения,* в том числе, на такие *минимальные гарантии, как:*

- иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником (п.п. (b) п.3 ст.14 Пакта);
- защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; при отсутствии защитника быть уведомленным об этом праве; иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно, когда недостаточно средств для оплаты этого защитника (п.п. (d) п.3 ст.14 Пакта).

Аналогичные гарантии установлены п.п. (b) и (c) п.3 ст.6 Европейской конвенции.

Как следует из п.1 ст.14 Пакта и п.1 ст.6 Европейской конвенции, они гарантируют справедливое судебное разбирательство при рассмотрении любого уголовного обвинения или при определении гражданских прав и обязанностей в каком-либо гражданском процессе. При этом в п.15 Замечаний общего порядка № 32, Комитет разъясняет, что, по общему правилу, к уголовным обвинениям относятся деяния, признанные наказуемыми по внутреннему уголовному праву. Однако это понятие может также распространяться на деяния, являющиеся уголовными по своему характеру, предполагающие санкции, которые независимо от их квалификации во внутреннем праве должны рассматриваться как уголовные с учетом их цели, характера или строгости.

Таким образом, можно сделать вывод, что гарантии справедливого судебного разбирательства, в том числе, право на защиту (право на юридическую помощь профессионального адвоката) в Республике Беларусь должны соблюдаться, как в уголовном, так и в административном процессе, по делам, санкции в которых сопоставимы

с уголовными (например, предполагают административный арест, исправительные работы, крупный штраф, лишение специального права).

Кроме того, практика международных контрольных органов подтверждает, что гарантии справедливого судебного разбирательства (право на защиту, иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты, в том числе) должны распространяться на все производство по делу, а не только на стадию судебного разбирательства. Гарантии справедливого судебного разбирательства относятся и к досудебной стадии процесса, поскольку справедливый характер судебного разбирательства может быть существенно затронут, если на начальных этапах эти гарантии не соблюдены[100].

Гарантии справедливого судебного разбирательства, а том числе те, которые касаются права на защиту, в текстах международных договоров сформулированы достаточно общо. С целью понимания, какие именно действия по обеспечению права на защиту должны предпринимать государства, чтобы судебное разбирательство являлось справедливым, рассмотрим указанные гарантии с учетом практики международных и региональных контрольных органов – Комитета ООН по правам человека (Комитет) и Европейского суда по правам человека (Европейский суд).

2. Право лица «иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником» (п.п. (b) п.3 ст.14 Пакта, п.п. (b) п.3 ст.6 Европейской конвенции).

2.1. Достаточность времени для подготовки к защите

Согласно позиции Комитета *время, которое считается «достаточным»* для подготовки защиты, зависит от обстоятельств каждого конкретного дела. Несколько факторов должны приниматься во внимание, в частности характер обвинения, сложность и стадия рассмотрения дела.

Если, исходя из разумных оснований, защитники считают, что времени для подготовки защиты недостаточно, именно на них ложится обязанность просить о переносе судебного разбирательства на более поздний срок. При этом суд обязан удовлетворять разумные просьбы о переносе заседания[101].

Таким образом, если обоснованная конкретными заслуживающими внимания обстоятельствами просьба защитника о переносе заседания суда с целью надлежащей подготовки защиты отклонена, то это может явиться нарушением государством права лица на защиту, так как лицу не было предоставлено достаточного времени для ее подготовки. При этом государство не несет ответственности за недобросовестное поведение защитника, кроме случаев, когда судье стало или должно было стать очевидным, что поведение защитника несовместимо с интересами правосудия.

Примеры типичных нарушений в Республике Беларусь

---

[100] *Imbrioscia v. Switzerland*, 24 November 1993.

[101] Пункт 32 Замечаний общего порядка № 32 Комитета ООН по правам человека.

И в уголовном, и в административном процессах широко распространены случаи, когда обоснованные ходатайства лиц, в отношении которых ведется процесс, и их защитников о предоставлении достаточного времени для подготовки защиты (сбора доказательств, поиска и приглашения свидетелей защиты, подготовки к судебным прениям) отклоняются судом и именуются «затягиванием процесса». Подобный подход судов преимущественно имеет место в так называемых «политических» процессах либо в делах, имеющих широкий общественный резонанс.

Так, например, уголовные процессы в судах по событиям 19 декабря 2010 года характеризовались их интенсивностью и предоставлением перерывов в заседаниях лишь с момента окончания рабочего дня суда до утра следующего рабочего дня. При этом в ходе судебного разбирательства поднимались и неисследованные ранее - в ходе предварительно расследования - вопросы. Анализ соответствующей информации объективно требовал дополнительного времени, особенно в свете тяжести вмененных преступлений и суровости предполагаемой ответственности обвиняемых лиц. Однако во всех случаях обоснованные ходатайства защиты о предоставлении достаточного времени для подготовки защиты, в том числе, для подготовки к судебным прениям, были отклонены судами.

При подготовке дел об административных правонарушениях, предполагающих санкцию в виде административного ареста, лица, в отношении которых ведется административный процесс, зачастую задерживаются до рассмотрения дела в суде и водворяются в Центр изоляции правонарушителей. При этом в ходе подготовки дела, как правило, защитник не приглашается. Обычно момент начала административного процесса и рассмотрения дела об административном правонарушении разделяют всего от одного до нескольких дней. Находясь в местах изоляции, не имея защитника и каких-либо контактов с внешним миром, лицо лишено возможности самостоятельно подготовить свою защиту (надлежаще ознакомиться с материалами дела, собрать доказательства, характеризующий материал, разработать стратегию своей защиты) к моменту рассмотрения дела об административном правонарушении. Как правило, по таким делам адвокат вступает в процесс в качестве защитника и получает возможность ознакомиться с материалами дела, а также пообщаться со своим подзащитным лишь непосредственно перед началом разбирательства. И даже при таких обстоятельствах в большинстве случаев обоснованные ходатайства лиц, в отношении которых ведется административный процесс, а также их защитников о предоставлении достаточного времени для подготовки защиты (в т.ч. для сбора доказательств) суды оставляют без удовлетворения.

Представляется очевидным, что такой подход судов является нарушающим гарантии справедливого судебного разбирательства и препятствует адвокатам в осуществлении эффективной защиты.

2.2. Достаточность возможностей для подготовки к защите

1) Доступ обвиняемого и защитника к документам и другим доказательствам

В соответствии с подходом Комитета по правам человека *«достаточные возможности»* должны **включать доступ обвиняемого и защитника к документам и другим доказательствам.** Причем такой доступ должен быть обеспечен ко всем материалам, которые обвинение планирует предъявить на суде против обвиняемого, или материалам, оправдывающим обвиняемого.

Так, например, в 2006 г. в соответствии со ст. 40 Пакта Комитет рассмотрел отчет Канады о претворении в жизнь прав, признаваемых в Пакте. В своих соображениях по представленному докладу Комитет указал, что поправки, внесенные Законом о борьбе с терроризмом в канадский Закон о доказательствах, а именно требование не раскрывать информацию, которая может причинить вред международным отношениям, национальной обороне или национальной безопасности, в том числе в уголовном процессе, не соответствует положениям ст.14 Пакта[102].

Таким образом, даже, несмотря на значимость и уровень секретности информации, в случае основания на ней обвинения эта информация должна быть представлена обвиняемому и его защитнику для надлежащей подготовки защиты.

Подход Европейского суда несколько отличается. В деле Dowsett v. the United Kingdom[103] Европейский суд постановил, что право защиты на ознакомление со всеми важными доказательствами обвинения не является абсолютным, поскольку у государства могут быть свои интересы в деле. Однако только абсолютно необходимые меры ограничения права обвиняемого на защиту могут быть допустимы. Порядок, допускающий, чтобы сторона обвинения сама оценивала важность материалов и принимала решение о его неразглашении со ссылкой на государственные интересы без уведомления судьи, противоречит статье 6 Конвенции. В настоящем деле суд не проверил характер и значимость материалов, которые оставались закрытыми. Суд подчеркнул важность обязательного представления всех материалов, которые могут быть использованы в защиту обвиняемого, судье, рассматривающему дело, для решения вопроса об их представлении стороне защиты для ознакомления.

Согласно позиции Комитета, оправдывающие материалы, доступ к которым должен быть обеспечен обвиняемому и его защитнику, включают не только материалы, устанавливающие невиновность, то также и другие доказательства, которые могли бы помочь защите (например, указания на то, что признание вины не было добровольным). В тех случаях, когда утверждается, что доказательства были получены в нарушение ст.7 Пакта, то есть с применением пыток, должна предоставляться информация об обстоятельствах, в которых было получено такое доказательство, с тем чтобы можно было оценить состоятельность утверждения.

Если обвиняемый не говорит на языке, на котором ведется судебное разбирательство, но он представлен защитником, который знает этот язык, Комитет считает, что может быть достаточным предоставление соответствующих документов из материалов дела защитнику[104].

Примеры типичных нарушений в Республике Беларусь

В уголовном процессе часто используются в качестве доказательств материалы, полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ). Согласно белорусскому Закону, сведения о системе организации, источниках, способах, методах, планах и

---

[102] Пункт 13 Соображений Комитета по правам человека: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/7616e3478238be01c12570ae00397f5d/$FILE/G0641362.pdf>.

[103] *Dowsett v. the United Kingdom*, no. 39482/98, ECHR 2003-VII

[104] Пункт 33 Замечаний общего порядка № 32.

результатах ОРМ, и т.д. относятся к государственной тайне[105]. Возможность ознакомления обвиняемого и защиты с такими материалами Законом не предусмотрена. Результаты ОРМ могут представляться в орган уголовного преследования или в суд, в производстве которых находится уголовное дело, а также использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством[106]. Обвиняемый и его защитник могут ознакомиться с результатами ОРМ, только если они приобщены к материалам уголовного дела[107]. А согласно Закону к материалам уголовного дела приобщаются лишь протоколы ОРМ. Оперативно-служебные документы, в том числе постановления на право проведения ОРМ, хранятся в делах оперативного учета, которые не предоставляются для приобщения к материалам уголовного дела, но могут быть предоставлены органу, ведущему уголовный процесс, и суду для проверки и оценки, изучения, процессуального осмотра, проведения экспертизы[108]. При этом ни обвиняемый, ни его защитник не имеют возможности ознакомиться с делами оперативного учета, несмотря на то, что они могут предъявляться суду против обвиняемого и содержать необходимую для оценки и использования для защиты информацию. Представляется, что указанные положения Закона и практика не соответствуют ст.14 Пакта, так как обвиняемому и его защитнику не обеспечивается достаточных возможностей для подготовки защиты.

Следует отметить, что в ходе мониторинга судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.) Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ выявил факты непредставления стороной обвинения суду доказательств, оправдывающих обвиняемых. Так, например, в ходе процесса над Статкевичем было показано несколько часов видео. В какой-то момент в середине фрагмента на видео показан человек, который подходит к демонстрантам, применяющим насилие у Дома правительства. Слышно, как этот человек говорит, в числе прочего: «Санников говорит, прекратите это, отойдите». Этот конкретный фрагмент не был показан на процессе над Санниковым, где он явно послужил бы важным доказательством. В действительности, во время суда над Санниковым после показа фрагмента, на котором бывший кандидат в президенты Рымашевский сделал точно то же, судья повернулась к Санникову и спросила: «Вы пытались остановить это? И если нет, то почему?» (см. п.131 Отчета).

2) Равные возможности защиты со стороной обвинения в сборе и представлении доказательств защиты по делу

Следует иметь в виду, что гарантия иметь достаточные возможности для подготовки защиты создает не только негативные обязательства государства не вмешиваться в эту подготовку.

---

[105] ст.17 Закона Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. № 289-З (с изм. и доп.) «Об оперативно-розыскной деятельности» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[106] Там же, ст.16.

[107] ст. 101, 257 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. № 295-З // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[108] Пункт 5 Инструкции о порядке оформления и предоставления оперативными подразделениями органов внутренних дел материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности для их использования в уголовном процессе, утвержденная Постановлением МВД Республики Беларусь от 29 сентября 2005 г. № 307 // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

Позитивные обязательства уполномоченных органов - принять все необходимые меры по созданию равенства защиты с обвинением[109]. Поэтому *гарантия иметь «достаточные возможности»* для подготовки своей защиты, кроме равного со стороной обвинения доступа адвоката к имеющимся в деле доказательствам **предполагает также равные возможности защиты со стороной обвинения в сборе и представлении доказательств защиты по делу**.

Примеры типичных нарушений в Республике Беларусь

Характерным примером отсутствия у адвокатов достаточных возможностей в сборе доказательств является отсутствие установленной Законом обязанности предоставлять информацию по адвокатским запросам (корреспондирующей праву адвоката запрашивать сведения и документы[110]), а также невозможность для адвоката получить ряд сведений, которые могут быть предоставлены лишь по запросу суда, либо правоохранительных органов (например, информация о состоянии здоровья[111], о счетах и вкладах[112], почтовой связи[113] и т.д.).

Важным примером служит отсутствие у белорусских адвокатов возможности допрашивать свидетелей защиты на тех же условиях, какие существуют у свидетелей обвинения. Так, например, свидетели обвинения вызываются в суд, согласно списку, представленному суду следователем[114]. А свидетели защиты безусловно могут быть допрошены судом только, если они сами явились в суд[115]. В обратном случае, допрос свидетелей защиты, их вызов в судебное заседание остается на усмотрение суда. Это на практике зачастую влечет отказ в допросе свидетелей защиты, так как в этом «отсутствует необходимость», расценивается как «затягивание процесса», что ограничивает доступ лиц и их защитников к доказательствам и подрывает равенство состязательных возможностей в процессе.

2.3. Достаточность возможностей сноситься с избранным защитником

1) Скорый доступ к защитнику

«Право сношения с защитником» требует, чтобы обвиняемому был предоставлен **скорый доступ к защитнику**.

Очевидно, что обеспечение государством скорого доступа адвоката к своим клиентам имеет наиболее существенное значение в ситуации, когда клиенты находятся в условиях лишения свободы.

---

[109] *Jespers v. Belgium*, no. 8403/78, Commission's report of 14 December 1981, DR 27.

[110] ст.17 Закона Республики Беларусь от 30.12.2011 года «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[111] ст.46 Закона Республики Беларусь от 18 июня 1993 г. N 2435-XII «О здравоохранении» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[112] ст.121 Банковского кодекса Республики Беларусь от 25 октября 2000 г. N 441-З // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012..

[113] ст.13Закона Республики Беларусь от 15 декабря 2003 г. N 258-З «О почтовой связи» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[114] ст.262 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь.

[115] п.3 ст.322 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь.

Международные договоры о правах человека не устанавливают временных рамок скорого доступа. В каждой конкретной ситуации это оценочное понятие. Однако из практики контрольных органов можно сделать вывод, о каком порядке времени идет речь.

Так, например, в своих соображениях по делу «Гридин против Российской Федерации» 2000 г.[116] Комитет по правам человека заключил, что неполучение автором сообщения доступа к адвокату в течение первых пяти дней после ареста является нарушением п.п. (b) п.3 ст.14 Пакта.

При этом источник международного «мягкого» права - Основные принципы, касающиеся роли юристов[117], - определяет, что правительства должны обеспечивать, чтобы все арестованные или задержанные лица, получали немедленный доступ к юристу, и в любом случае, *не позднее, чем через сорок восемь часов с момента ареста или задержания* (п.7 Основных принципов). Практика Европейского суда[118] демонстрирует, что суд придерживается указанного стандарта.

Следует отметить, что в рассматриваемых делах Комитет приходит к заключению о непредоставлении возможности встретиться с адвокатом, если государство не опровергает данное утверждение автора сообщения, то есть не представляет доказательств обратного (что лицу был обеспечен доступ к защитнику).

Примеры типичных нарушений в Республике Беларусь

Пункт 2 ст.17 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» закрепляет право адвоката беспрепятственно и конфиденциально общаться наедине со своими клиентами, в том числе и с находящимися под стражей.

Право *скорого* доступа адвоката к своему клиенту, и, соответственно, обязанность компетентных органов обеспечить реализацию этого права, буквально белорусским национальным законодательством не установлены.

Право адвоката беспрепятственно и конфиденциально общаться со своим подзащитным нашло отражение в п.2) ч.1 ст.48 Уголовно-процессуального кодекса (УПК) Республики Беларусь, п.7 ст.4.5 ПИКоАП Республики Беларусь.

Закон Республики Беларусь «О порядке и условиях содержания лиц под стражей» устанавливает, что лицу, содержащемуся под стражей, с участвующим в деле в качестве защитника адвокатом встреча предоставляется по предъявлении ордера (соглашения) юридической консультации[119].

---

[116] Отчет Комитета ООН по правам человека, 2000. С.172–178 [просмотрено 10 июня 2011 года]: <http://www.un.org/documents/ga/docs/55/a5540vol2.pdf>.

[117] Основные принципы, касающиеся роли юристов, приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Гавана, Куба, 27 августа – 7 сентября 1990 года: <http://www.conventions.ru/view_base.php?id=366>.

[118] Case of Magee v. The United Kingdom**,** Application № 28135/95, Judgment 06/09/2000: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=67995994&skin=hudoc-en&action=request>; Case of Averill v. The United Kingdom**,** Application № 36408/97, Judgment 06/09/2000: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=67995994&skin=hudoc-en&action=request>.

[119] ст.25 Закона Республики Беларусь от 16 июня 2003 г. N 215-З «О порядке и условиях содержания лиц

При этом инструкцией Министерства юстиции Республики Беларусь адвокату для свидания с содержащимся под стражей клиентом дополнительно предписано представлять разрешение органа, ведущего уголовный процесс («в случаях, предусмотренных законодательством») на такое свидание (встречу, общение)[120]. Не смотря на то, что Законом, устанавливающим порядок общения лиц, содержащихся под стражей, с защитниками, разрешительный порядок встреч не предусмотрен, на практике белорусскому адвокату невозможно попасть к своему подзащитному без соответствующего разрешения.

Такая разрешительная система противоречит принципу срочного доступа адвоката к своему клиенту. На практике случается, что получение адвокатом такого разрешения у органа, ведущего уголовный процесс, занимает несколько дней. Кроме того, требование для адвоката получать разрешение для реализации своего базового права срочного доступа к своему клиенту и права клиента на немедленный доступ к юристу, противоречит международным стандартам роли и деятельности адвокатов и гарантиям, соблюдение которых необходимо при реализации права каждого на справедливое судебное разбирательство.

Последние годы на практике распространение получили случаи препятствования адвокатам в реализации их права срочного доступа к своим клиентам и, соответственно, в реализации права лиц на скорый доступ к защитнику. Так, например, в отчете о мониторинге судебных процессов в Республике Беларусь (март-июль 2011 г.) БДИПЧ ОБСЕ констатировало, что ряд защитников столкнулись с затруднениями, когда пытались встречаться со своими клиентами[121]. Препятствия возникали в изоляторе Комитета государственной безопасности. Адвокаты неоднократно пытались попасть к своим подзащитным, но им разрешали доступ лишь после проведения официального допроса либо почти перед самым окончанием следствия. Обычно при посещении изолятора КГБ адвокатам приходилось дожидаться по два-три часа, прежде чем они могли встретиться с подзащитным наедине и конфиденциально. Объяснение этой ситуации, которое они получали, в том числе, после подачи официальных жалоб, состояло в том, что в это время не было свободных помещений для встреч. Даже если это и соответствовало действительности, государством не предпринималось никаких попыток, чтобы все же обеспечить адвокатам встречу с подзащитными (п. 225 отчета).

Очевидно, что указанное грубо противоречит международным стандартам. Обязанностью государства является не создавать препятствий в срочном доступе адвокатов к клиентам, а также безотлагательно принимать меры к устранению возникающих препятствий.

2) Конфиденциальность общения с защитником

Защитнику должна быть предоставлена **возможность встретиться со своим клиентом без свидетелей и общаться в условиях, которые полностью обеспечивали бы конфиденциальность их общения.**

под стражей» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[120] п.10 Инструкции «О поведении адвоката в местах содержания под стражей и исправительных учреждениях», утв. постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 18.05.2005 N 22 // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[121] < http://www.osce.org/ru/odihr/84874>.

Относительно требования *конфиденциальности общения* лица с его защитником, не вызывает сомнений, что наибольшую значимость оно приобретает, когда лицо находится в местах лишения свободы.

Европейский суд отмечает, что если адвокат не имеет возможности связаться со своим клиентом и получить от него конфиденциальные инструкции, не подвергаясь надзору, то его помощь в значительной степени утрачивает свою полезность. Это положение касается любого лица, независимо от тяжести предъявляемого ему обвинения, в том числе и в терроризме[122].

Минимальные стандартные правила ООН обращения с заключенными[123] (ч.2 «с» п. 93), Свод принципов ООН защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме[124] (принцип 18 п.4), предоставляют находящемуся под стражей лицу право на посещение адвокатом, консультации и связь с ним без промедления и цензуры, в условиях полной конфиденциальности. Причем это право не может быть временно отменено или ограничено. Основные принципы, касающиеся роли юристов (п. 8), определяют, что такие консультации могут проводиться в присутствии должностных лиц по поддержанию правопорядка, но без возможности быть услышанными ими.

Требование конфиденциальности общения лица с его защитником согласуется с необходимостью обеспечения государством охраны *адвокатской тайны*. Оно включает в себя необходимость государствами соблюдать конфиденциальный характер любых сношений между адвокатами и их клиентами в рамках профессионального взаимодействия - встреч, переписки, рабочих документов и материалов адвокатов.

В отношении требования конфиденциальности переписки адвоката и клиента Европейский суд придерживается позиции, что письма адвоката и клиента могут быть вскрыты, только если существует обоснованное подозрение, что они содержат недозволенные вложения, и могут быть прочитаны, только если существуют основания подозревать, что их содержание создает угрозу режиму безопасности в тюрьме или по иным причинам носит преступный характер. Поскольку сохранение конфиденциальности в отношениях между адвокатом и его клиентом имеет приоритет перед абстрактной возможностью злоупотреблений этой конфиденциальностью, вскрытие и прочтение переписки лица с его адвокатом не является необходимым в демократическом обществе и представляет собой нарушение права на уважение частной жизни[125].

Примеры типичных нарушений в Республике Беларусь

Право конфиденциального общения лиц с адвокатом имеет закрепление в белорусском законодательстве (например, ст.ст. 41, 43 УПК, 4.1 ПИКоАП, ст.ст. 16, 17 Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь», ст.ст. 12, 25 Закона «О порядке и условиях содержания лиц под стражей»).

---

[122] Case of S. v. Switzerland, Application № 12629/87; 13965/88, Judgment 28/11/1991 []: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=S%20%7C%20SWITZERLAND&sessionid=72494694&skin=hudoc-en>.

[123] <http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/prison.shtml>.

[124] <http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/detent.shtml>.

[125] Case of Campbell v. the United Kingdom, Application № 13590/88, Judgment 25/03/1992: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=6&portal=hbkm&action=html&highlight=campbell%20%7C%20%22THE%20UNITED%20KINGDOM%22&sessionid=72495610&skin=hudoc-en>.

Согласно ст.16 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь», соблюдение адвокатской тайны является одной из гарантий адвокатской деятельности. Информация, составляющая адвокатскую тайну, не может быть получена от адвоката, стажеров и помощников адвоката и использована в качестве доказательств в уголовном, гражданском, хозяйственном и административном процессах.

Адвокат, стажеры и помощники адвоката не могут быть допрошены в качестве свидетелей об обстоятельствах, составляющих адвокатскую тайну, а государственные органы и иные организации не вправе истребовать, изымать и иным образом получать у адвоката, стажера и помощника адвоката информацию, составляющую адвокатскую тайну.

Еще одной гарантий конфиденциальности отношений адвоката и клиента является исключение адвоката из круга субъектов, подлежащих уголовной ответственности за недонесение о преступлении[126].

Анализ белорусского законодательства, регламентирующего порядок взаимоотношений адвокатов и их клиентов, позволяет заключить, что на законодательном уровне необходимость уважения конфиденциального характера общения адвокатов и их клиентов нашла отражение.

Статья 1 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» определяет, что адвокатская тайна - сведения о вопросах, по которым клиент обратился за юридической помощью, суть консультаций, разъяснений, справок, полученных клиентом от адвоката, сведения о личной жизни клиента, информация, полученная от клиента, об обстоятельствах совершения преступления по уголовному делу, по которому адвокат осуществлял защиту прав, свобод и интересов клиента, а также сведения, составляющие коммерческую тайну клиента.

Представляется, что Закон чрезвычайно узко подходит к охране конфиденциальности полученной адвокатом от клиента информации. Так, например, Законом не охраняется факт обращения клиента к адвокату; неоправданно усеченной является охрана информации, полученной адвокатом от клиента об обстоятельствах совершения преступления.

Как указанная норма нового Закона будет работать на практике, покажет время.

Следует обратить внимание, что согласно Закону Республики Беларусь «О мерах по предотвращению легализации доходов, полученных незаконным путем, и финансирования террористической деятельности», на адвоката возлагается обязанность довести до сведения компетентных органов отдельную ставшую ему известной информацию[127]. Подобные положения закреплены также в законодательстве большинства зарубежных демократических государств, в свете борьбы с международной коррупцией и терроризмом.

[126] Примечание к ст.406 Уголовного кодекса Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. N 275-З // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[127] Ст.ст. 1, 5 Закона Республики Беларусь от 19.07.2000 г. №426-З «О мерах по предотвращению легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования террористической деятельности» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

Однако, даже в свете столь значимых вызовов для человечества, избирательный подход к защите адвокатской тайны представляется недопустимым.

Среди имеющихся проблем следует также отметить неустановление ответственности должностных лиц за вмешательство в конфиденциальную сферу адвокатов и клиентов, что на практике зачастую дает возможность для злоупотреблений правоохранительными и контролирующими органами их правом на получение информации (попытки допросов адвокатов по вопросам оказания юридической помощи; изъятие досье клиентов и финансовых документов адвокатов и т.д.).

Проблемой также видятся распространенные на практике попытки использовать в качестве доказательств по уголовным делам, материалы, составляющие адвокатскую тайну, полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий (например, записи телефонных или личных бесед обвиняемых, в том числе, с адвокатами).

Кроме того следует отметить, что переписка адвокатов с их клиентами, содержащимися под стражей, хотя согласно Закону и не подвергается цензуре, однако, перлюстрируется на общих с иной перепиской основаниях, что с очевидностью нарушает требование конфиденциальности.

3. Право лица «защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника и быть уведомленным об этом праве»

Право каждого обвиняемого в уголовном преступлении защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника и быть уведомленным об этом праве, предусмотренное п.п.(d) п.3 ст.14 Пакта, и сходное, предусмотренное п.п.(с) п.3 ст.6 Европейской конвенции, охватывает два вида защиты, которые не являются взаимоисключающими:

- лица, пользующиеся помощью адвоката, имеют право давать инструкции своему защитнику относительно ведения их дела в пределах профессиональной ответственности;
- давать показания от своего собственного имени.

Такая формулировка, предусматривающая право лица защищать себя лично «или» через посредство выбранного им самим защитника, предполагает возможность для обвиняемого отказаться от помощи любого защитника.

Но право защищать себя лично без участия адвоката не является абсолютным.

Интересы правосудия могут в рамках конкретного судебного разбирательства требовать назначения защитника против желания обвиняемого. Комитет выделяет следующие случаи:

- если обвиняемый существенным и систематическим образом препятствует надлежащему проведению судебного разбирательства;
- обвиняемому предъявлено тяжкое обвинение, но он оказывается не в состоянии действовать в своих собственных интересах;

- когда это необходимо для защиты уязвимых свидетелей от дальнейшего беспокойства или запугивания, если им придется подвергнуться допросу со стороны обвиняемого.

Комитет указывает, что любое ограничение желания обвиняемых лиц защищать себя лично должно преследовать объективные и достаточно серьезные цели и не выходить за рамки того, что необходимо для отстаивания интересов правосудия. Поэтому во внутреннем праве следует избегать любого абсолютного запрета на право защищать себя лично в судебном разбирательстве уголовного дела без помощи адвоката[128].

И Пакт, и Европейская конвенция, наделяя каждого правом «защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника», не уточняет способ реализации данного права. Таким образом, выбор средства обеспечения этого права остается за государствами-участниками договоров. Это право должно быть закреплено в правовых системах государств, а перед международным контрольным органом стоит задача установить, отвечает ли избранная государствами методика требованиям справедливого судебного разбирательства[129].

По мнению Европейского суда, не может считаться совместимым с правом на защиту правило, согласно которому на обвиняемого возлагается обязанность иметь защитника на всех стадиях процесса[130].

Примеры типичных нарушений в Республике Беларусь

Статься 45 УПК Республики Беларусь устанавливает исчерпывающий перечень случаев, в которых участие защитника в производстве по уголовному делу является обязательным, то есть случаев, когда установлен абсолютный запрет на право защищать себя лично без помощи адвоката. Эти случаи таковы: по ходатайству лица об участии защитника; когда лицо, привлекаемое к ответственности, является несовершеннолетним; лицо не владеет языком, на котором ведется производство, или является неграмотным; лицо в силу своих физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свою защиту; лицо подозревается или обвиняется в совершении особо тяжкого преступления; между интересами подозреваемых или обвиняемых имеются противоречия, и, если хотя бы один из них имеет защитника.

Представляется, что в особенности последний случай не может априори означать соответствие интересам правосудия обязательного участия защитника. Зачастую лицо желает самостоятельно защищать себя, и позиция по делу не является сложной, но наличие защитника у лица с противоречащими интересами обязывает другое лицо, вопреки его желанию и объективным целям, иметь назначенного органом, ведущим уголовный процесс,

---

[128] Пункт 37 Замечаний общего порядка № 32.
[129] Case of Imbrioscia v. Switzerland, Application № 13972/88, Judgment 24/11/1993: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Imbrioscia&sessionid=67995994&skin=hudoc-en>.
[130] Case of Croissant v. Germany, Application №. 13611/88, Judgment 25/09/1992: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Croissant&sessionid=67995994&skin=hudoc-en>.

защитника. Кроме того, в случае признания виновным лицо вынуждено оплатить услуги назначенного вопреки его воле защитника[131].

Относительно соблюдения в Беларуси гарантии защищать себя через посредство выбранного самим защитника следует обратить внимание на события, которые имели место после 19 декабря 2010 года.

Так, в ходе обзора судебных процессов в Республике Беларусь (март – июль 2011 г.) БДИПЧ ОБСЕ выявило четыре случая, когда адвокаты, защищавшие обвиняемых по делам, связанным с событиями 19 декабря, лишились адвокатских лицензий, а еще одного адвоката исключили из коллегии адвокатов. Наблюдателям стало известно, что некоторые, в особенности, политически активные обвиняемые, после упомянутого прекращения действия лицензий их защитников столкнулись с трудностями в поиске адвокатов. У наблюдателей сложилось впечатление, что адвокаты с неохотой брались представлять этих обвиняемых, понимая, что за их действиями будет пристально наблюдать национальный лицензирующий орган. Все обвиняемые в итоге нашли себе защитников, но с учетом того, что они были лишены возможности пригласить адвокатов по собственному выбору, поскольку адвокаты боялись браться за их дела, можно говорить о подрыве данного важного права (п.п. 218, 220 отчета).

4. Право лица «иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно, когда недостаточно средств для оплаты этого защитника».

Наличие или отсутствие правовой помощи зачастую определяет, может ли лицо иметь доступ к надлежащим процедурам или участвовать в них полнозначным образом. Нет сомнений, что ставить в зависимость доступ лица к правосудию от его материального положения недопустимо.

Подпункт (d) п.3 ст.14 Пакта и п.п. (с) п.3 ст.6 Европейской конвенции гарантируют право на юридическую защиту лиц, обвиняемых в уголовном преступлении, в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для них в любом таком случае, когда у них нет достаточно средств для оплаты этого защитника.

Из данной формулировки следует, что право пользоваться услугами защитника бесплатно не носит абсолютного характера. Обязанность государства предоставить такого защитника наступает в ситуациях, когда одновременно имеются следующие основания:

---

[131] Например, в декабре 2010 года Белорусским Военным Судом был вынесен приговор в отношении обвиняемого Д., которым Д. был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч.2 ст.380 УК Республики Беларусь, относящегося к категории менее тяжких преступлений. В ходе предварительного следствия и в суде обвиняемый Д. заявлял о желании самостоятельно защищать себя, что в данной ситуации не противоречило интересам правосудия. Однако Д. получил отказ защищать себя лично со ссылкой на п.п.6 п.1 ст.45 УПК Республики Беларусь, так как у обвиняемого С. по тому же эпизоду обвинения имелся защитник. Судебный процесс по указанному делу был длительным, так как по делу вместе с Д. проходило 11 обвиняемых, 9 из которых привлекались за совершения нескольких преступлений, не имеющих к обвинению Д. никакого отношения. В результате обвиняемый Д. был признан виновным, и с него было взыскано 5 869 500 рублей за ведение дела адвокатом, - сумма на указанный момент эквивалентная примерно 2 000 долларов США, являющаяся для белорусского гражданина весьма значительной.

- обвиняемый не имеет достаточных средств, чтобы оплатить защитника;
- того требуют интересы правосудия.

Коль скоро гарантии справедливого судебного разбирательства распространяются как на уголовный, так и во многих случаях - на гражданский и административный процесс, то право пользоваться юридической помощью бесплатно при наличии указанных выше оснований должно быть обеспечено государствами, как в уголовном, так и в гражданском, и административном процессах.

Следует особо подчеркнуть, что финансовое бремя по предоставлению бесплатной юридической помощи нуждающимся в ней лицам в соответствии с принятыми на себя обязательствами по международным договорам, должны нести государства. Так, п. 3 Основных принципов, касающихся роли юристов, прямо указывает, что именно правительства обеспечивают предоставление *достаточных* финансовых и иных средств для оказания юридических услуг бедным и, в случае необходимости, другим лицам, находящимся в неблагоприятном положении.

Аналогичное положение об ответственность государства за финансирование юридической помощи содержится в Добавлениях к Резолюции CM/Res Комитета министров о юридической помощи и консультациях[132].

Профессиональные ассоциации юристов призваны сотрудничать с государствами в организации и обеспечении услуг, средств и других ресурсов.

Резолюция Комитета министров Совета Европы о юридической помощи и консультациях[133] устанавливает, что назначенный лицу, не имеющему достаточных финансовых возможностей, защитник, для оплаты его юридической помощи, должен получить *надлежащее вознаграждение* за работу, проделанную в интересах пользующегося юридической помощью лица.

Например, в Российской Федерации существует дифференцированный подход к размеру оплаты юридической помощи в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению (за счет средств государства). Так, в рабочий день - от 275 до 1100 рублей (примерно от 10 до 40 долларов США), в нерабочий, праздничный день или ночное время от 550 до 2200 рублей (примерно от 20 до 80 долларов США) за день работы. В пределах указанных сумм размер оплаты различается в зависимости от сложности дела. Например, повышенная оплата предусмотрена по делам о защите несовершеннолетних; не владеющих языком судопроизводства, и т.д. Еще более высокая – по делам в отношении 3 и более обвиняемых; при объеме материалов более 3 томов и т.д. Самая высокая – по делам подсудности Верховного Суда и т.д.[134].

---

[132] п.8 Добавлений к Резолюции CM/Res Комитета министров о юридической помощи и консультациях, принято Комитетом министров Совета Европы 2 марта 1978 г.

[133] п.5 b) Резолюции (78)8 Комитета министров о юридической помощи и консультациях, принята Комитетом министров Совета Европы 2 марта 1978 года и Добавления к данной Резолюции: <http://sutyajnik.ru/rus/echr/res_com_of_min/Res%2878%298.htm>.

[134] Постановление Правительства Российской Федерации «О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда» от 4 июля 2003 года №400:

В западных государствах примерные суммы оплаты труда адвокатов, представляющих интересы малоимущих (за час работы), таковы: В Финляндии – 91 евро, в Голландии – 101 евро, в Германии – до 150 евро, в Норвегии – 850 крон, в Шотландии 63 фунта, в США – в зависимости от сложности дела и его подсудности от 50 до 100 долларов[135].

Очевидно, что размер оплаты юридической помощи государством зависит от уровня благосостояния государства.

Рекомендация Комитета министров о свободе осуществления профессии адвокатов призывает государства поощрять адвокатов оказывать правовые услуги гражданам, находящимся в затруднительном финансовом положении. При этом устанавливает, что обязанности адвокатов перед своими клиентами не должны изменяться в том случае, если гонорар полностью или частично оплачивается через общественные источники финансирования[136]. Из чего также следует обязанность государства обеспечивать адвокатом достаточное финансирование их юридической помощи лиц, находящихся в неблагоприятном положении.

С целью обеспечения материальной независимости адвокатов в их профессиональной деятельности с учетом текущей ситуации, установлено, что финансовые условия юридической помощи должны пересматриваться, в том числе с учетом роста стоимости жизни[137].

Согласно подходу Европейского суда, нет препятствий к возложению на обвиняемого обязанности предоставить доказательства недостаточности средств, на которую он ссылается[138].

Комитет указывает, что при решении вопроса о том, должен ли быть назначен защитник, «когда интересы правосудия этого требуют», важное значение имеет тяжесть преступления, а также наличие определенной объективной возможности успеха в стадии обжалования. Когда речь может идти о смертной казни, нет необходимости доказывать, что обвиняемый должен пользоваться действенной помощью адвоката на всех стадиях судебного разбирательства.

<http://www.advokat74.com/documents/92/344.html>;

Порядок расчета оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда, в зависимости от сложности уголовного дела, утвержденный приказом Министерства юстиции Российской Федерации и Министерства финансов Российской федерации от 15.10.2007 года №199/87: <http://www.advokat74.com/documents/92/344.html>.

[135] Савич О.Д. Отчет национального эксперта по применению международных стандартов в области прав человека в области адвокатуры, по теме «Судоустройство и статус адвокатов», в рамках совместного проекта Программы развития ООН (ПРООН) и Детского фонда ООН (ЮНИСЕФ) «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь»: <http://un.by/ru/undp/db/00051784.html>.

[136] Принцип IV п.4 Рекомендации Комитета министров Совета Европы № Rec(2000)21 о свободе осуществления профессии адвоката.

[137] п.9 Добавлений к Резолюции CM/Res Комитета министров о юридической помощи и консультациях, принято Комитетом министров Совета Европы 2 марта 1978 года.

[138] Case of Croissant v. Germany, Application № 13611/88, Judgment 25/09/1992.

Согласно практике Европейского суда, определять, отвечает ли «интересам правосудия» назначение защитника бесплатно, следует исходя из тяжести преступления, вменяемого обвиняемому, строгости налагаемого наказания, сложности дела, личности обвиняемого[139].

В последующем Европейский суд детализирует свой подход: если возможно применение лишения свободы, то интересы правосудия, главным образом, требуют предоставить помощь адвоката[140].

Очевидно, что как в Пакте, так и в Европейской конвенции речь идет не просто об обязанности государства назначить защитника. Речь идет об обеспечении *эффективной* юридической помощью. Само по себе назначение защитника не свидетельствует об обеспечении эффективной помощью.

Безусловно, адвокат, приглашенный как в частном порядке, так и по требованию компетентных органов, обязан действовать добросовестно и использовать все предусмотренные законом средства и способы защиты прав и законных интересов лиц, которым он оказывает юридическую помощь. Различия в качестве оказания помощи в зависимости от заключения соглашения в частном порядке и работы адвоката по назначению недопустимы.

Тем не менее, на практике приходится сталкиваться с различным подходом к работе со стороны адвокатов. Комитет подчеркивает, что защитник, безвозмездно предоставляемый компетентными органами, должен эффективно представлять обвиняемого.

Комитет утверждает, что в случаях, когда адвокаты назначаются государством, явно неправомерное поведение или некомпетентность (например, отзыв жалобы без консультации в деле, предполагающем назначение смертной казни, или отсутствие во время заслушивания свидетеля в подобных случаях) может повлечь за собой ответственность государства за нарушение п.п. (d) п.3 ст.14 Пакта при условии, что судье будет ясно, что поведение адвоката несовместимо с интересами правосудия.

Этим Комитет демонстрирует различный подход к ответственности за деятельность назначенных бесплатно адвокатов и адвокатов, приглашенных в частном порядке, фактически полностью снимая с государства ответственность за деятельность последних.

Подход Европейского суда существенно отличается. Он одинаков в обеих ситуациях: когда защитник назначается бесплатно и когда оплачивается клиентом. Из практики Европейского суда следует, что, по общему правилу, действия и решения защитника обвиняемого не должны влечь ответственность для государства. Коллегии адвокатов являются независимыми (должны являться таковыми), поэтому фактически проведение защиты принадлежит заинтересованному лицу и его защитнику.

---

[139] Case of Quaranta v. Switzerland, Application № 12744/87, Judgment 24/05/1991: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Quaranta&sessionid=67995994&skin=hudoc-en>.

[140] Case of Benham v. United Kingdom, Application № 19380/92, Judgment 10/06/1996: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Benham&sessionid=67995994&skin=hudoc-en>.

Ответственность на государства-участников возлагается за действия их органов. Адвокат же, даже назначенный бесплатно, чтобы представлять лицо, обвиняемое в рамках уголовного судопроизводства, не должен считаться органом государства.

По-мнению Европейского суда, государства имеют обязанность вмешаться только в случае явной несостоятельности защиты или в случае достаточного обращения внимания государства на такую несостоятельность[141] [142], как в случае с защитником, назначенным компетентным органом, так и с защитником, приглашенным в частном порядке.

В случаях, если адвокат не в состоянии выполнять свои обязанности или уклоняется от их выполнения, власти, если они уведомлены о возникшем положении, должны либо заменить такого защитника, либо заставить его надлежаще выполнять свои обязанности[143].

Комитет по правам человека утверждает, что нарушение права на защиту со стороны государства будет иметь место также и в случае, если суд или другие соответствующие органы власти препятствуют назначенным адвокатам в эффективном выполнении ими своих функций.

Такое препятствование может выражаться в непредоставлении доступа защитнику к своему клиенту для подготовки его защиты[144], проведении следственных и иных действий с лицом без участия защитника, несмотря на его участие в деле, в отказе ознакомить с необходимым документами, в отказе в удовлетворении обоснованных ходатайств защиты и т.д.

Согласно практике Европейского суда, назначение более одного адвоката для осуществления защиты бесплатно не противоречит Европейской конвенции. В некоторых ситуациях этого могут требовать и интересы правосудия. Однако суд должен получить мнение обвиняемого относительно желаемого им количества защитников, особенно если соответствующие расходы возлагаются на него в случае осуждения. Назначение, противоречащее воле обвиняемого, не соответствует понятию справедливого судебного разбирательства[145].

Неизменна практика Европейского суда по поводу того, что п.п. (с) п.3 ст.6 Европейской конвенции не гарантирует право выбора защитника, который будет назначен судом, а также не гарантирует право быть проконсультированным относительно выбора защитника, назначенного бесплатно[146].

---

[141] Case of Stanford v. The United Kingdom, Application № 16757/90, Judgment 23/02/1994: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Stanford&sessionid=67995994&skin=hudoc-en>.

[142] Case of Kamasinski v. Austria, Application № 9783/82, Judgment 19/12/1989: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kamasinski&sessionid=67995994&skin=hudoc-en>.

[143] Case of Kamasinski v. Austria.

[144] Соображения Комитета ООН по правам человека CCPR/C/80/D/917/2000 по сообщению № 917/2000 «Арутюнян против Узбекистана»: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/18dff87a5e592f20c1256e980049f266?Opendocument>.

[145] Case of Croissant v. Germany.

[146] Case of Franquesa Freixas v. Spain, Application № 53590/99, Judgment 21/11/2000: <http://www.rettsveven.info/Content/Menneskerett/CaseLaw/Judgments/99_053590.html>.

Безусловно, национальные суды должны учитывать пожелания обвиняемого, в том числе и в кассационной инстанции[147]. Однако они могут эти пожелания обойти, если существуют достаточные основания считать, что интересы правосудия этого требуют.

С другой стороны, если Комитет по правам человека или Европейский суд при отказе предоставить лицу определенного адвоката или сменить адвоката, предоставленного бесплатно, столкнутся с немотивированностью и безосновательностью такого отказа со стороны государства, то они могут прийти к выводу о нарушении права на защиту[148].

Следует обратить внимание, что международные контрольные органы придерживаются подхода, что государства не обязаны обеспечивать лиц бесплатной юридической помощью на всех стадиях процесса. Так, Европейский суд считает, что выделение защитника для безвозмездного представительства в апелляционном производстве не отвечает интересам правосудия априори. Например, на государстве не лежит обязанность выделения защитника бесплатно, когда осужденный, не имеющий никакого объективного шанса на успех, пожелает подать апелляционную жалобу после того, как в первой инстанции было проведено справедливое судебное разбирательство[149].

Примеры типичных нарушений в Республике Беларусь

Белорусское законодательство не устанавливает необходимости представления лицами доказательств материальной нуждаемости в обеспечении бесплатной юридической помощью.

Статься 6 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» исключает возможность выбора лицом адвоката для оказания ему юридической помощи за счет средств коллегий адвокатов, республиканского и (или) местного бюджетов.

Республика Беларусь гарантирует и самостоятельно обеспечивает оказание бесплатной юридической помощи только по уголовным делам.

При этом за счет средств государства фактически может осуществляться только лишь бесплатная консультация подозреваемого или обвиняемого до начала первого допроса. В дальнейшем юридическая помощь осуществляется «в кредит»: государство оплачивает работу адвоката, а в случае признания лица виновным, эти расходы взыскиваются с него или его законного представителя в пользу государства[150].

---

[147] Case of Meftah and others v. France, Application №. 32911/96, 35237/97 and 34595/97, Judgment 26/07/2002: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Meftah&sessionid=68038896&skin=hudoc-en>.

[148] Соображения Комитета ООН по правам человека по сообщению № 1232/2003 «Олег Пустовалов против Российской Федерации», CCPR/C/98/D/1232/2003, 10 мая 2010 г., п. 8.4: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/hrcommittee/Rview1232sess98.html>.

[149] Case of Monnell and Morris v. The United Kingdom, Application № 9562/81; 9818/82, Judgment 02/03/1987: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Monnell%20%7C%20Morris&sessionid=67995994&skin=hudoc-en>.

[150] пункт 9 ст.46 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. № 295-З // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

При этом следует отметить, что в случае, если адвокатом в течение одного рабочего дня оказывалась юридическая помощь нескольким лицам бесплатно, то адвокат обязан составить справки-расчеты по каждому из них и предъявить их ко взысканию. Однако при этом с начала 2007 г.[151] и вплоть до марта 2012 г.[152] территориальной коллегией адвокату производилась оплата лишь по одной справке-расчету, то есть за участие в защите одного лица в день. Если в один и тот же день адвокат проводил «бесплатное» дело и дело, оплаченное клиентом, то за осуществление защиты бесплатно адвокат вообще никакого вознаграждения не получал. При этом государство производило оплату за работу адвоката по каждому проведенному «бесплатному делу», перечисляя денежные средства на счета территориальных коллегий адвокатов, где эти средства безосновательно оседали. Такой подход к труду адвоката со стороны адвокатских образований являлся несправедливым. И на практике он зачастую приводил к незаинтересованности адвоката в работе по неоплачиваемому делу, что неминуемо сказывалось на качестве юридической помощи и, в свою очередь, на полноте реализации права лица на судебную защиту, являлось несправедливой эксплуатацией труда адвоката со стороны адвокатских коллегий.

Следует отметить, что размер расходов по оплате труда адвокатов, которые возмещаются финансовым органом в связи с работой адвоката по уголовному делу за счет средств бюджета, в Беларуси очень невысок. По таким делам день работы адвоката оценивается, минимально, как 50 процентов тарифной ставки первого разряда за один рабочий день, или максимально – как 70 процентов тарифной ставки первого разряда[153] (примерно эти суммы эквивалентны 18 и 25 долларам США (без удержаний) соответственно). Дифференциация оплаты зависит от инстанции, в которой проводится дело. Так, максимальные ставки установлены для дел в Верховном Суде, областном, Минском городском, Белорусском военном судах.

Представляется, что оплату труда адвоката в указанном размере нельзя считать надлежащей, в том числе, исходя из уровня жизни в Республике Беларусь, а значит, соответствующей международным стандартам.

В гражданском процессе в Республике Беларусь для лиц возможно получение бесплатной юридической помощи адвоката. Так, ст.28 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» устанавливает, что за счет

---

[151] подпункты 4, 7 Инструкции о порядке возмещения расходов по оплате труда адвокатов за счет средств местного бюджета, утвержденная Постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь и Министерства финансов Республики Беларусь от 30 августа 2007 г. № 57/129 // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012;

Постановление Президиума Республиканской коллегии адвокатов от 27.02.2007 г. № 01/03 «О внесении изменений в Рекомендации по применению Правил возмещения расходов по оплате труда адвокатов за счет средств бюджета» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[152] Постановление Президиума Республиканской коллегии адвокатов от 02 марта 2012 г. № 12/01 «О внесении изменений и дополнений в Рекомендации по применению Инструкции о порядке возмещения расходов по оплате труда адвокатов за счет средств местного бюджета, утвержденной Постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь и Министерства финансов Республики Беларусь от 30 августа 2007 г. № 57/129

[153] п.4 Инструкции о порядке возмещения расходов по оплате труда адвокатов за счет местного бюджета, утв. постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь и Министерства финансов Республики Беларусь от 30.08.2007 г. № 57/129 // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

средств коллегий адвокатов юридическая помощь оказывается: истцам - в судах первой инстанции при ведении дел, связанных с трудовыми правоотношениями, о взыскании алиментов; ветеранам Великой Отечественной войны - при даче устной консультации по вопросам, не связанным с предпринимательской деятельностью; гражданам - при составлении заявлений о назначении пенсий и пособий; инвалидам I и II группы - при даче устной консультации, не требующей ознакомления с документами; несовершеннолетним - в их интересах, их родителям (опекунам, попечителям) - в интересах детей; иным категориям граждан - по решению коллегии адвокатов.

То есть в белорусском гражданском процессе право на юридическую помощь бесплатно обеспечивается не за счет средств государства, а за счет средств коллегий адвокатов, что означает - за счет средств самих адвокатов. Таким образом, в белорусском гражданском процессе юридическая помощь одним лицам гарантируется и обеспечивается государством за счет средств других граждан. Представляется, что такое перекладывание обязанностей государства на его граждан грубо противоречит международным стандартам.

Кроме того, представляется, что очерчивание в законе фактически исчерпывающего круга лиц, которым по гражданским делам юридическая помощь оказывается бесплатно, государство изначально исключает из круга получения бесплатной юридической помощи иных лиц, оказание юридической помощи которым отвечало бы интересам правосудия.

В административном процессе в Республике Беларусь государство бесплатную юридическую помощь не гарантирует и не обеспечивает.

Раздел 2. Независимость адвоката.

В своих Замечаниях общего порядка № 32 «Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство» (п.34) Комитет по правам человека подчеркивает, что адвокаты должны иметь возможность консультировать и представлять лиц, обвиняемых в уголовном преступлении, в соответствии с общепризнанными принципами профессиональной этики без каких бы то ни было ограничений, воздействия, давления или неправомерного вмешательства с какой бы то ни было стороны, т.е. *независимо.*

Преамбула Основных принципов, касающихся роли юристов, гласит, что для обеспечения надлежащей защиты прав и основных свобод человека, пользоваться которыми должны все люди, независимо от того, являются ли эти права экономическими, социальными и культурными или гражданскими и политическими, необходимо, чтобы все люди действительно имели доступ к юридическим услугам, предоставляемым *независимыми* профессиональными юристами,

Очевидно, что если адвокат не будет являться независимым, его юридическая помощь не будет иметь никакой практической ценности, и не будет являться надлежащей.

Международными документами установлены стандарты независимости профессии адвоката. Обеспечение государствами соответствия своего законодательства и правоприменительной практики этим стандартам оказывает непосредственное влияние на обеспечение права индивида на защиту и, в общем, – на обеспечение права на справедливое судебное разбирательство.

С июля 1993 года основным документом, регламентирующим адвокатскую деятельность в Республике Беларусь, являлся Закон Республики Беларусь от 15 июня 1993 г. №2406-XII «Об адвокатуре» (с изменениями и дополнениями).

Статья Закона гласила, что адвокатура в Республике Беларусь представляет собой *независимый* правовой институт, призванный в соответствии с Конституцией Республики Беларусь осуществлять профессиональную правозащитную деятельность.

В свое время Закон Республики Беларусь «Об адвокатуре» 1993 года получил высокую оценку экспертов Совета Европы[154], так как в нем должным образом были учтены международные стандарты, касающиеся роли и независимости адвокатов. Закон разрабатывался и принимался параллельно с Конституцией Республики Беларусь в ее первоначальной, демократической редакции. Считается, что изначально институт адвокатуры молодого независимого государства Республика Беларусь был истинно независимым.

Однако, с момента принятия в Закон Республики Беларусь «Об адвокатуре» 6 раз вносились изменения. Переломным моментом для белорусской адвокатуры можно считать издание Декрета Президента Республики Беларусь от 03 мая 1997 года №12 «О некоторых мерах по совершенствованию адвокатской и нотариальной деятельности в Республике

[154] Мартинович И.И. Некоторые аспекты развития адвокатуры в Республике Беларусь // Юстиция Беларуси. № 2. 1998.

Беларусь». Декретом с 01 июля 1997 г. была запрещена частная адвокатская практика; предписано выдавать срочные лицензии на право занятия адвокатской деятельностью. Этим документом также были чрезмерно расширены полномочия Министерства юстиции в отношении адвокатуры, принижена роль адвокатских профессиональных ассоциаций.

Говоря о компетенции Министерства юстиции в отношении адвокатуры, к середине 2006 года она была расширена до 15 пунктов полномочий против 6 пунктов в первой редакции Закона 1993 года. Первоначально функции Министерства юстиции были лишь вспомогательными. Взаимоотношения государства с адвокатурой строились, как подобает в соответствии с международными стандартами, на условиях сотрудничества. Впоследствии, согласно Закону, Минюст дополнительно принял на себя контрольные и, в части, управленческие функции в отношении адвокатуры. Неотъемлемый принцип деятельности адвокатуры – независимость – оказался под угрозой.

В 2000 г. во время визита в Республику Беларусь Специальным докладчиком по вопросу независимости судей и адвокатов был установлен ряд фактов, подрывающих независимость белорусской адвокатуры[155], государству были даны рекомендации по улучшению ситуации.

В 2004 г. по результатам визита в Республику Беларусь Рабочая группа ООН по произвольным задержаниям выразила мнение об отсутствии в государстве должной независимости адвокатуры, вмешательстве исполнительной власти в ее деятельность, отсутствии для адвокатов равных состязательных возможностей в уголовном процессе[156].

В 2007 г. в докладе Специального докладчика по вопросу о положении в области прав человека в Беларуси было обращено внимание на нарушения в государстве права на справедливое судебное разбирательство, и в частности, - права на защиту[157].

В 2010 г. в ходе Универсального периодического обзора Республики Беларусь в Совете ООН по правам человека Международной Комиссией Юристов (International Commission of Jurists), а также иными заинтересованными лицами, было отмечено, что в государстве нарушается право на справедливое судебное разбирательство посредством вмешательства исполнительной власти в процесс отправления правосудия и независимость адвокатов, и причины тому имеются как на законодательном, так и на правоприменительном уровне[158], был обозначен ряд таких причин. В этой связи Рабочей группой по Универсальному периодическому обзору, в качестве рекомендации Республике Беларусь, было указано на необходимость обеспечения соответствия национального

---

[155] Кумарасвами П. Доклад Специального Докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов о миссии в Беларуси, E/CN.4/2001/65/Add.1, февраль 2001 года, пп. 66-83: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/CN.4/2001/65/Add.1&Lang=R>.

[156] Доклад Рабочей группы ООН по произвольным задержаниям, E/CN.4/2005/6/Add.3 от 25 ноября 2004 года, п.п. 44-47, 79: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/166/25/PDF/G0416625.pdf?OpenElement>.

[157] Северин А. Доклад Специального докладчика по вопросу о положении в области прав человека в Беларуси, E/CN.4/2005/35 от 11 марта 2005 года, п.14: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/129/96/PDF/G0512996.pdf?OpenElement>.

[158] Официальный сайт Офиса Верховного Комиссара ООН по правам человека: <http://www.un.org/ru/rights/issues/index.shtml>.

законодательства международным стандартам справедливого судебного разбирательства, в частности тем, которые касаются права на защиту[159].

В 2011 г. Комитет против пыток, рассмотрев четвертый периодический доклад Беларуси, в своих заключительных замечаниях отметил, что к вопросам, вызывающим озабоченность, относятся распространенные случаи нарушения права незамедлительного доступа лиц к адвокатам; запугивания адвокатов и вмешательства в выполнение ими их профессиональных обязанностей. Комитет выразил обеспокоенность тем, что коллегии адвокатов, хоть и независимы по закону, на практике подчиняются Министерству юстиции[160].

Также в 2011 г. Совет ООН по правам человека принял резолюцию по правам человека в Беларуси, отметив серьезное ухудшение ситуации с правами человека после президентских выборов 19 декабря 2010 года, и, частности, - усиливающееся давление на адвокатов[161].

Из указанного следует, что на протяжении десятилетия после выявления посредством международной специальной процедуры существующих в государстве проблем с независимостью адвокатуры, влекущих нарушение права индивидов на защиту, ситуация не улучшилась, а даже усугубилась.

Необходимо отметить, что Республикой Беларусь не выполнено ни одной из рекомендаций международных контрольных органов и процедур в области прав человека по результатам проведенных ими обзоров, касающихся независимости адвокатуры.

Таким образом, в Республике Беларусь очевидна проблема с реализацией права индивидов на справедливое судебное разбирательство, в частности, в связи с тем, что, не обеспечивая адвокатам должную согласно международным стандартам независимость, государство не предоставляет надлежащую защиту прав и основных свобод человека.

В январе 2010 г. Закон Республики Беларусь «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» был включен в план подготовки законопроектов на 2010 г.[162]. Толчком к тому послужило существование в государстве двойственной системы оказания юридической помощи: адвокатами и юристами-лицензиатами, отсутствие единых стандартов оказания такой помощи; необходимость реформирования действующей системы осуществления адвокатской деятельности.

30 декабря 2011 г. принят новый Закон Республики Беларусь «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь», который вступил в силу 6 апреля 2012 года.

---

[159] Доклад Рабочей группы ООН по универсальному периодическому обзору: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/145/23/PDF/G1014523.pdf?OpenElement>.

[160] Заключительные замечания Комитета ООН против пыток, сделанные на сорок седьмой сессии Комитета, 31 октября – 25 ноября 2011 года, пп. 6.12: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/145/23/PDF/G1014523.pdf?OpenElement>.

[161] Резолюция Совета ООН по правам человека, A/HRS/RES/17/24 от 14 июля 2011 г.: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/145/23/PDF/G1014523.pdf?OpenElement>.

[162] п.11 Указа Президента Республики Беларусь от 4 января 2010 г. №2 «Об утверждении плана подготовки законопроектов на 2010 г.» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

Решением Конституционного Суда Республики Беларусь от 23 декабря 2011 года № Р-657/2011 «О соответствии Конституции Республики Беларусь Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь», принятым в порядке обязательного предварительного контроля конституционности, Закон был признан соответствующим Конституции Республики Беларусь.

Решением Конституционного Суда констатируется, что в новом Законе учтены международно-правовые нормы, положения Основных принципов, касающихся роли юристов, а также подходы Европейского суда по правам человека, в том числе, в вопросах обеспечения независимости адвоката при осуществлении им своей профессиональной деятельности.

Рассмотрим содержание международных стандартов независимости адвоката и соотнесем их с новым Законом «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь», смежным законодательством, а также с белорусской правоприменительной практикой в указанной области для того, чтобы определить, действительно ли новый Закон и правоприменительная практика соответствуют стандартам независимости адвокатов, и выявить существующие проблемы.

Анализ текстов Основных принципов, касающихся роли юристов, и Рекомендации №R(2000)21 Комитета министров Совета Европы о свободе осуществления профессии адвоката[163], позволяет выделить следующие критерии, по которым следует судить о независимости адвоката, это:

- *доступ к юридическому образованию;*
- *доступ к профессии адвоката;*
- *повышение профессиональной квалификации;*
- *свобода осуществления профессии адвоката;*
- *профессиональные ассоциации адвокатов;*
- *адвокатская этика и дисциплинарные процедуры.*

Рассмотрим, конкретное содержание международных стандартов по каждому из выделенных критериев и соотнесем их с белорусскими реалиями.

2.1. Доступ к юридическому образованию

Международные стандарты

И Основные принципы, касающиеся роли юристов (п.10), и Рекомендации о свободе осуществления профессии адвоката (Принцип II п.1) аналогично, устанавливают, что правительства, профессиональные ассоциации юристов и учебные заведения должны обеспечивать отсутствие дискриминации в ущерб какому-либо лицу в отношении начала или продолжения профессиональной практики по признаку рассы, цвета кожи, пола,

[163] Права человека: международно-правовые документы и практика их применения. В 4 т. Т.1/сост. Е.В. Кузнецова. – Минск: Амалфея. С.480-483

этнического происхождения, религии, политических или иных взглядов, национального, социального, имущественного, сословного, экономического или иного положения.

Необходимо обеспечивать надлежащую квалификацию и подготовку юристов и знание ими профессиональных идеалов и моральных обязанностей, а также прав человека и основных свобод, признанных национальным и международным правом[164].

Государства должны подвергать юридическое образование реформированию в соответствии с международными стандартами образования и уровнем технического прогресса[165]. Обеспечивать, чтобы образование было свободным от идеологии; воспитывало высокие моральные качества юристов и уважение к основным правам человека и верховенству закона.

В своем докладе Специальный докладчик по независимости судей и адвокатов Габриэла Карина Кнауль особо подчеркнула, что юристы должны быть компетентны в интерпретации и применении не только национального права, но и международных стандартов в области прав человека. Надлежащее юридическое образование судей и адвокатов является определяющим фактором их независимости[166].

Обеспечение государствами соответствия перечисленным стандартам юридического образования, позволяет юристам достичь наивысшей профессиональной компетентности. Высокий уровень самих соискателей и юридического образования дает юристу возможность быть *интеллектуально свободным и независимым* при осуществлении адвокатской деятельности.

Законодательство и правоприменительная практика Республики Беларусь

Среди сегодняшних проблем белорусского юридического образования можно выделить следующие:

— ограничение доступа к высшему юридическому образованию введением “профессионально-психологического собеседования” помимо экзаменов, определяющих уровень подготовки. Без положительного решения комиссии, проводящей это собеседование, поступление на специальность юриспруденция невозможно[167];

[164] П. 9 Основных принципов, касающихся роли юристов.

[165] Использованы материалы Пособия по оценке систем уголовного правосудия «Доступ к правосудию. Правовая защита и помощь» Управления ООН по наркотикам и преступности», Вена, 2010 год. С.22 – 23: <http://www.unodc.org/documents/russia//Reports/10-52547_2_Access_to_justice_legal_aid_4_Rus.pdf>.

[166] Габриэла К.К. Доклад Специального Докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов Совету ООН по правам человека, A/HRC/14/26 от 25 марта 2010 года, п.п. 18, 19, 22: <http://www2.ohchr.org/english/issues/judiciary/docs/A.HRC.14.26.pdf>.

[167] Постановление Министерства образования Республики Беларусь 26 февраля 2008 г. №17 “Об утверждении инструкции о порядке проведения профессионально-психологического собеседования или тестирования в высших учебных заведениях” // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

— идеологизация учебного процесса. Так, обязательной дисциплиной на всех специальностях является дисциплина “Основы идеологии белорусского государства”;

— отсутствие в настоящее время специальной дисциплины “Права человека” в программе подготовки студентов по специальности «Юриспруденция» либо, при наличии такой дисциплины, не уделяется должное внимание наиболее проблемным и актуальным для Беларуси вопросами, игнорируется фактическое положение с правами человека в стране;

— перенасыщение учебного процесса дисциплинами неюридического характера (например, “Концепции современного естествознания”, “История Великой отечественной войны” и т.п.), отвлекающими от профильного образования, и, как следствие, уменьшение количества учебных часов на классические юридические дисциплины, что нередко является причиной беглого и поверхностного изучения фундаментальных юридических понятий и вопросов;

— теоретизация учебного процесса и отсутствие достаточной практической подготовки студентов, которые в большинстве своем не имеют практических навыков в полученной специальности по окончании университета, как и не имеют должного представления о правоприменительной практике;

— “ретрансляторский” (иначе говоря, “инструктивный”) характер образования, когда зачастую преподавание сводится лишь к воспроизведению норм права, и студента не учат анализировать эти нормы. Как следствие – распространенное отсутствие развитых аналитических способностей и критического мышления;

— не отвечающая целям высшего юридического образования система проверки знаний, сохранившаяся с советских времен, когда фактически целью экзамена является исключительно проверка памяти студента, от которого требуется запоминание и вопсроизведение большого объема нормативного материала – т.е. пересказ норм права, а не аналитических и практических навыков;

— кадровые проблемы. Неудовлетворительное материальное обеспечение является одной из причин оттока квалифицированных специалистов из сферы преподавания, что сказывается и на качестве высшего образования. Усугубляется ситуация проблемами в системе подготовки научных кадров, когда все меньше грамотных выпускников университетов желают продолжать образование с целью последующего занятия преподавательской деятельностью. Кроме того, сложность получения ученых степеней, обусловленная в значительной степени субъективными факторами;

— общесистемные проблемы с академическими свободами и автономией университетов, что не соответствует европейским стандартам образования, в связи с чем Республика Беларусь пока не может присоединиться к Болонскому процессу[168];

[168] <http://naviny.by/rubrics/society/2012/01/25/ic_articles_116_176614/>, <http://en.fivu.dk/press/2012/belarus-not-yet-ready-to-join-the-european-higher-education-area>.

— система обязательного распределения студентов, обучавшихся за счет средств государственного бюджета[169], которую можно рассматривать как нарушение права на свободный труд в целом, влияет и на доступ к юридической профессии в частности.

2.2. Доступ к профессии адвоката

Международные стандарты

В некоторых странах процесс доступа к профессии адвоката известен как прием в адвокатуру. В других право на занятие адвокатской практикой связано с членством в коллегии адвокатов.

Государства должны обеспечивать, чтобы процесс доступа к профессии адвоката, как и процесс доступа к юридическому образованию, не был дискриминационным[170]. При этом, не рассматривается, как дискриминационное, требование для адвоката являться гражданином страны, где он намерен начинать практику.

Доступ к профессии адвоката, кроме необходимости получения юридического образования и обладания (в некоторых государствах) соответствующим гражданством, преимущественно предполагает сдачу соответствующего экзамена и (или) прохождение профессиональной стажировки, а также вступление в профессиональную ассоциацию.

В ежегодном докладе за 2010 г. Специальный Докладчик по вопросу независимости судей и адвокатов подчеркивает, что период обязательной стажировки перед допуском к адвокатской практике улучшает качество юридических услуг[171].

Для того, чтобы доступ к профессии адвоката отвечал требованию независимости, этот процесс должен быть прозрачным и справедливым. Государства должны обеспечивать, чтобы квалификационные критерии были определенными и доступными широкой общественности, квалификационная комиссия – независимой и справедливой. Соответствующие установленным требованиям кандидаты должны получать доступ к профессии независимо от возраста, пола, социального, имущественного положения и политических взглядов.

При этом квалификационные экзамены следует проводить достаточно часто, стоимость экзамена должна быть приемлемой, дабы эти факторы не являлись препятствием для доступа к профессии лиц, проживающих в отдаленных районах или являющихся малоимущими.

---

[169] Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 22 июня 2011 г. № 821 “О некоторых вопросах распределения, перераспределения, направления на работу, последующего направления на работу выпускников, возмещения затраченных государством средств на их подготовку и целевой подготовки специалистов, рабочих, служащих” // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

[170] п.10 Основных принципов, касающихся роли юристов.

[171] Габриэла К.К. Доклад Специального Докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов Совету ООН по правам человека, A/HRC/14/26 от 25 марта 2010 года, п. 41: <http://www2.ohchr.org/english/issues/judiciary/docs/A.HRC.14.26.pdf>.

Для оценки независимости профессии адвоката в государстве в контексте доступа к профессии важным является вопрос, кем осуществляется административное управление таким доступом. По этому поводу в Рекомендации (Принцип I п.2) утверждается, что решения, касающиеся разрешения заниматься юридической практикой или стать членом какой-либо профессиональной группы, должны приниматься независимым органом. Контроль за такими решениями должен осуществляться независимым и беспристрастным судом. Требованию независимости профессии адвоката отвечает то, чтобы определяющим при принятии решения о допуске кандидатов к профессии, было мнение именно представителей адвокатского сообщества, а не государственных органов. По мнению Специального Докладчика, профессиональные юристы лучше всех могут определять требования процедуры допуска, и поэтому они должны отвечать за проведение и организацию экзаменов, и выдачу профессиональных аттестатов[172].

Наиболее распространенной формой контроля исполнительной власти над сферой юридической практики является лицензионный режим, управление которым осуществляется министерством юстиции или иным аналогичным ведомством. По мнению Специального Докладчика, процедура перерегистрации или возобновления лицензии по прошествии определенного времени значительно ограничивает независимое функционирование адвокатов и подрывает их независимость[173].

Равно как и ограничение срока действия адвокатской лицензии, необходимость для адвокатов прохождения периодических переаттестаций, дающих возможность продолжать деятельность, представляет собою вмешательство в независимость адвоката, которое не является необходимым в свете существования требований, согласно которым допуск к профессии прекращается (виновные действия адвоката, состояние здоровья и т.д.). В демократическом обществе не может существовать необходимости собирать сведения по каждому адвокату через определенный промежуток времени. Если цель срочного допуска к адвокатской деятельности заключается в обеспечении того, чтобы адвокаты не нарушали законы, касающиеся адвокатской деятельности, более уместно добиваться этого на индивидуальной основе с помощью дисциплинарного производства[174].

Существующие в государствах ограничения права на осуществление адвокатской деятельности можно разделить на две группы: относящиеся к психическому состоянию соискателя и относящиеся к его поведенческим особенностям. Такие ограничения должны быть четко установлены национальным законодательством государств.

В Кодексе поведения для адвокатов стран Европейского Союза закреплено, что в целях обеспечения независимости адвоката при выполнении им профессиональных обязанностей и в связи с тем, что адвокат является одним из участников осуществления правосудия, некоторые виды деятельности признаются несовместимыми со статусом

---

[172] Деспуи Л. Доклад Специального Докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов о визите в Российскую Федерацию, A/HRC/11/41/Add.2 от 23 марта 2009 года, п. 34: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.41.Add.2_ru.pdf>.

[173] Там же, п.38.

[174] Кумарсвами П. Доклад Специального Докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов о миссии в Беларуси, E/CN.4/2001/65/Add.1, февраль 2001 года, п.76: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/CN.4/2001/65/Add.1&Lang=R>.

адвоката[175]. Такие виды деятельности определяются самостоятельно каждым государством. Это может быть коммерческая деятельность, а также иная, не связанная с юриспруденцией.

Для соответствия требованию независимости, также как и квалификационные критерии для допуска к профессии адвоката, основания ограничивающие допуск, факторы, которые могут использоваться для определения хорошей репутации, несовместимые с адвокатской деятельностью занятия, должны быть четко определены и доступны широкой общественности.

Кроме того, в исследованиях отмечается, что для соответствия требованию независимости адвокатской профессии недопустимо, чтобы сами профессиональные ассоциации, защищая своих членов от конкуренции, искусственно ограничивали членство в ассоциации, устанавливая неприемлемые требования к членству. Так, например, ненадлежаще ограничивающим допуск к профессии адвоката является чрезмерно высокий вступительный или членский взнос в профессиональную ассоциацию, непропорциональный потенциальному или реальному доходу адвоката[176].

Таким образом, для соответствия требованию независимости адвоката, государствам следует обеспечивать, чтобы решение о допуске к профессии адвоката принималось в отношении соответствующих установленным критериям соискателей, независимым органом, бессрочно, без влияния на это решение органов государственной власти, предпочтительно – адвокатским сообществом; принятое решение должно подлежать независимому судебному контролю. В противном случае адвокат не может быть свободен осуществлять защиту лиц, в особенности, - в делах «против государства». Вероятны ситуации, когда интересы клиентов использовать все возможные средства правовой защиты по таким делам будут приноситься адвокатом в жертву в пользу того, чтобы, посредством проявления лояльности, сохранить работу. Очевидно, что указанное будет являться нарушением права на защиту и справедливое судебное разбирательство.

Законодательство и правоприменительная практика Республики Беларусь

Ст.7 Закона Республики Беларусь от 30 декабря 2011 года «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» устанавливает обязательные требования для доступа к профессии адвоката в Республике Беларусь:

— наличие гражданства Республики Беларусь;

— высшее юридическое образование;

— обязательное прохождение стажировки (Закон «Об адвокатуре» 1993 года налагал обязанность прохождения стажировки лишь на лиц, не имеющих трехлетнего стажа работы по юридической специальности);

---

[79] ст.2.5.1 Кодекса поведения для адвокатов стран Европейского Союза, принятого на пленарном заседании Совета коллегий адвокатов и юридических сообществ Европы (CCBE) 28 октября 1988 года, внесены дополнения 28 ноября 1988 года, 6 декабря 2002 года и 19 мая 2006 года: <http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_Code_of_conductp1_1306748215.pdf>.

[176] Использованы материалы пособия «Пособие по оценке систем уголовного правосудия. Доступ к правосудию. Правовая защита и помощь» Управления ООН по наркотикам и преступности», Вена, 2010 г.: <http://www.unodc.org/documents/russia//Reports/10-52547_2_Access_to_justice_legal_aid_4_Rus.pdf>.

— сдача квалификационного экзамена;

— получение специального разрешения (лицензии) на осуществление адвокатской деятельности;

— членство в территориальной коллегии адвокатов.

Для решения вопросов о допуске к адвокатской деятельности действует Квалификационная комиссия по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь (далее – Квалификационная комиссия).

Квалификационная комиссия создается и ее деятельность организуется Министерством юстиции Республики Беларусь.

В состав комиссии входят: по одному представителю от территориальных коллегий адвокатов; по одному представителю от Верховного Суда, Высшего Хозяйственного Суда, Генеральной прокуратуры; пять представителей от Министерства юстиции Республики Беларусь; два представителя от научных организаций.

Следует отметить, что Положение о Квалификационной комиссии разрабатывается и утверждается Министерством юстиции. Председателем комиссии является заместитель Министра юстиции, он же ведет заседания комиссии. Решения комиссии принимаются открытым голосованием. При равенстве голосов голос председателя комиссии является решающим. Персональный состав комиссии утверждается приказом Министра юстиции Республики Беларусь[177].

Отсутствие в действующем законодательстве Республики Беларусь требований к порядку формирования Квалификационной комиссии, минимально необходимому количественному составу в ней адвокатов, а также практика формирования состава Квалификационной комиссии государственным органом, показывают, что адвокаты в комиссии оказываются в меньшинстве, их голос при принятии решений не является решающим, положение в комиссии - стабильным. Членство адвоката в комиссии может быть прекращено в любой момент по усмотрению государственного органа, и это решение может зависеть от лояльности члена комиссии.

Так, например, в связи с лишением Министерством юстиции Республики Беларусь адвокатских лицензий 4 адвокатов, а также инициативой министерства по принятию Правил профессиональной этики адвокатов, в интервью информационному агентству председатель коллегии адвокатов, являвшийся членом Квалификационной комиссии, Пыльченко А.В. заявил, что «весь руководящий состав Минской городской коллегии адвокатов считает сложившуюся ситуацию критической и реально угрожающей, как независимости адвокатуры, как правового института, так и независимости адвокатов в отдельности»[178]. Вслед за этим, 18 февраля 2011 года приказом Министра юстиции

---

[177] ст.14 Закона Республики Беларусь от 30 декабря 2011 г. № 334-З «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012;
п.3, 4, 6 Положения о квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь, утв. постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 30.11.2010 г. № 105 // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.
[178] Официальный сайт Белорусской информационной компании БелаПАН: <http://belapan.com>.

Пыльченко А.В. был исключен из состава Квалификационной комиссии по формальным основаниям[179].

Согласно белорусскому законодательству осуществлять адвокатскую деятельность может только физическое лицо, получившее в установленном порядке лицензию.

Лицензия на осуществление адвокатской деятельности выдается Министерством юстиции по решению коллегии министерства на основании заключения Квалификационной комиссии сроком на 5 лет. Срок действия лицензии может быть продлен по заявлению лицензиата неоднократно. Продление производится Министерством юстиции с учетом соблюдения лицензиатом законодательства об адвокатской деятельности по результатам аттестации.

Соискатель лицензии должен сдать квалификационный экзамен.

Порядок проведения и программа квалификационного экзамена определяются Министерством юстиции Республики Беларусь[180].

Следует отметить, что в отличие от Закона «Об адвокатуре» 1993 года, Закон «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года устанавливает, что решение Квалификационной комиссии об отказе в допуске претендента к сдаче квалификационного экзамена может быть обжаловано в суд. Ранее обжалование такого решения Законом предусмотрено не было. А это, как представляется, существенно ограничивало право претендентов на доступ к профессии адвоката.

В марте 2011 г. к письменному тестированию квалификационного экзамена постановлением Министерства юстиции[181] было добавлено устное собеседование. Необходимость сдачи устного экзамена предусмотрена и новым Законом «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года. При этом, в отличие от письменного тестирования, перечень вопросов к устному собеседованию и критерии оценки ответов на них, не установлены. Что дает Квалификационной комиссии широкое усмотрение оценки «полноты и правильности» ответов при устном собеседовании, а значит, и широкое усмотрение в отношении принятия решения о результатах экзамена.

Соискатель лицензии имеет право знакомиться с решениями комиссии по своему делу. Принятое лицензирующим органом решение может быть обжаловано соискателем лицензии (лицензиатом) в судебном порядке. Претендент, в отношении которого принято решение о несоответствии лицензионным требованиям и условиям, допускается к очередной сдаче квалификационного экзамена не ранее чем через шесть месяцев.

Белорусским Законом четко установлены ограничения права на осуществление адвокатской деятельности: недееспособность, ограниченная дееспособность; совершение ранее умышленных преступлений; исключение (увольнение) из коллегий адвокатов, из правоохранительных и других органов по дискредитирующим обстоятельствам, - в течение

---

[179] Приказ Министра юстиции Республики Беларусь №36 от 18.02.2011 года: http://www.minjust.by/ru/site_menu/news/?id=784

[180] ч.7 ст.9 Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь».

[181] п.1.1 Постановления Министерства юстиции Республики Беларусь от 17.03.2011 N 55 «О внесении изменений и дополнения в постановление Министерства юстиции Республики Беларусь от 30 ноября 2010 г. № 105» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

трех лет со дня принятия соответствующих решений; обращение за получением лицензии в течение одного года со дня вступления в силу решения об аннулировании специального разрешения на осуществление частной нотариальной деятельности либо деятельности по оказанию юридических услуг; занятие в период со дня подачи заявления о допуске к квалификационному экзамену до дня получения лицензии должности, время работы на которых засчитывается в стаж государственной службы[182].

Законом определено, что с адвокатской деятельностью совместима лишь преподавательская, научная и творческая деятельность[183], кроме того адвокаты вправе выступать примирителями в примирительной процедуре, медиаторами в медиации или третейскими судьями при рассмотрении дел третейскими судами[184].

Граждане, получившие в установленном законодательством порядке лицензию на осуществление адвокатской деятельности, не допускаются к этой деятельности автоматически. Для начала осуществления деятельности адвокату необходимо вступить в члены территориальной коллегии адвокатов. Следует обратить внимание, что новый Закон 2011 года, в отличие от Закона 1993 года, устанавливает соответствующую обязанность территориальной коллегии принять адвоката[185], что, безусловно, делает доступ к профессии адвоката более предсказуемым.

Следует обратить внимание, что в мае 2011 года в Инструкцию о порядке проведения аттестации адвокатов было внесено дополнение, которым, наряду с аттестациями адвокатов, проводимыми коллегиями адвокатов в связи с необходимостью продления срока адвокатской лицензии, было установлено право Министерства юстиции назначать внеочередные аттестации адвокатов «в случае получения информации или выявления фактов систематических и (или) грубых нарушений рядом адвокатов требований и условий, установленных нормативными правовыми актами, регулирующими адвокатскую деятельность». При этом, внеочередные аттестации адвокатов предписано проводить уже не самим коллегиям адвокатов, а территориальным аттестационным комиссиям, создаваемым главными управлениями юстиции исполнительных комитетов, в порядке, определяемом приказом Министра юстиции[186].

Новый Закон «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года, а также новая Инструкция о порядке проведения аттестации адвокатов[187] подтверждают право проведения внеочередных аттестаций адвокатов, наделяют этим правом Квалификационную комиссию, либо по ее поручению – территориальную коллегию адвокатов. При этом внесение в Квалификационную комиссию представлений о проведении внеочередной аттестации отнесено к компетенции Министерства юстиции.

Анализ указанного выше законодательства позволяет заключить, что сам факт проведения внеочередных аттестаций, имеющих возможность привести к прекращению

---

182 ст.8 Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года.
183 Там же, ч.3 ст.26 Закона.
184 Там же, ч.1 ст.26 Закона.
185 Там же, ст.11 Закона.
186 Постановление Министерства юстиции Республики Беларусь от 27 мая 2011 г. № 114 «О внесении дополнения в инструкцию о порядке проведения аттестации адвокатов» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.
187 Утверждена Постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 02.02.2012 г. № 34 // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

деятельности адвоката, основания их проведения («для определения возможности выполнения адвокатом своих профессиональных обязанностей в случае выявления фактов, свидетельствующих о его недостаточной квалификации»), а также порядок проведения аттестаций (по представлению Министерства юстиции, короткие сроки назначения и проведения внеочередных аттестаций, возможность проведения аттестации без участия аттестуемого адвоката, право аттестационной комиссии проверять знание адвокатом законодательства, регулирующего деятельность адвокатуры, без установления правил такой проверки и т.д.) дают Министерству юстиции широкие возможности вмешательства в должную быть независимой деятельность адвоката. На практике внеочередные аттестации могут являться орудием расправы с неугодными адвокатами.

Так, например, 30 мая 2011 года приказом №135 Министерства юстиции Республики Беларусь было предписано проведение внеочередной аттестации всех белорусских адвокатов[188]. Целью внеочередной аттестации было заявлено «повышение ответственности адвокатов за выполнение государственных функций по обеспечению прав и свобод физических и юридических лиц, качественного выполнения профессиональных обязанностей по оказанию квалифицированной юридической помощи». В ходе внеочередной аттестации непрошедшими ее были признаны минимум 3 адвоката Минской городской коллегии адвокатов, защищавшие фигурантов событий 19 декабря 2010 года. Однако впоследствии эти адвокаты были аттестованы Квалификационной комиссией[189], так как в действительности они в полной мере соответствовали квалификационным требованиям и соблюдали Закон. Предпринятую попытку неаттестации адвокатов, занимавших активную профессиональную позицию по «политическим» делам, можно расценить как их преследование за осуществление профессиональной деятельности, а также как воздействие на других адвокатов (запугивание), преследующее цель предостеречь их от участия либо проявления профессионального рвения по подобным делам.

Резюмируя рассмотренные примеры, можно заключить, что допуск к профессии адвоката в Республике Беларусь полностью администрируется не адвокатским сообществом, а органом исполнительной власти – Министерством юстиции. Представительство адвокатов в Квалификационной комиссии не является преимущественным. Фактически Квалификационная комиссия подчинена органу исполнительной власти. Обязательное для соискателей адвокатских лицензий прохождение устного собеседования, не имеющего четких критериев оценки, приводит к возможности широкого собственного усмотрения Квалификационной комиссии при принятии решений о прохождении соискателями экзаменационного испытания. Ограничение действия адвокатской лицензии определенным сроком и необходимость продления этого срока государственным органом, а также возможность проведения внеочередных аттестаций адвокатов по представлению Министерства юстиции является механизмом воздействия исполнительной власти на независимость каждого адвоката в отдельности.

---

[188] http://www.minjust.by/ru/site_menu/news?id=875

[189] п.2.1.2 Аналитического обзора G-3 (2011 год) «Положение адвокатов в Республике Беларусь после президентских выборов 19 декабря 2010 года» Международной наблюдательной миссии Комитета международного контроля за ситуацией с правами человека в Беларуси:
< http://eurobelarus.info/by/article/analitichesky-obzor >.

Таким образом, можно заключить, что законодательство и правоприменительная практика Республики Беларусь, регламентирующие допуск к профессии адвокатов, не соответствуют международным стандартам их независимости.

2.3. Повышение профессиональной квалификации

Международные стандарты

Помимо важности надлежащей подготовки до начала адвокатской практики и профессиональной стажировки, постоянное обучение играет чрезвычайно важную роль для того, чтобы адвокаты могли квалифицированно выполнять свои обязанности, были истинно профессионально независимы. В этой связи п.2 принципа II Рекомендации требует обеспечивать повышение квалификации адвокатов. При этом следует фокусироваться не только на национальном уголовном, гражданском, хозяйственном и административном праве и процессе.

Как отмечает Специальный Докладчик, повышение компетентности адвокатов в вопросах защиты прав человека является необходимым[190]. В том числе, адвокатам, должна быть предоставлена возможность повышать свою компетентность в международных принципах прав человека, нормах, правилах и юриспруденции универсальных и региональных уставных и договорных органов, специальных процедурах по вопросам надлежащей правовой процедуры и справедливого суда. Должна предоставляться необходимая информация о возможности применения на национальном уровне международных принципов, норм и стандартов прав человека. В единообразный и обязательный план образования для юристов следует включать также и Основные принципы, касающиеся роли юристов[191].

Очевидно, что такой подход позволит адвокатам быть истинно компетентными, использовать все возможные средства правовой защиты своих клиентов, что дает адвокатам свободу и независимость в своей профессии, а клиентам обеспечит надлежащий доступ к правосудию.

Специальный Докладчик подчеркивает, что учреждения для повышения квалификации юристов должны быть независимыми и не находиться под давлением исполнительной власти. В идеале повышение квалификации адвокатов должно находиться в ведении коллегий адвокатов, правовое основание чему должно найти отражение либо в их уставах, либо в законе, и быть обязательным. Стоимость обучения должна покрываться за счет членских взносов в коллегию адвокатов[192].

Законодательство и правоприменительная практика Республики Беларусь

---

[190] Габриэла К.К. Доклад Специального Докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов Совету ООН по правам человека, A/HRC/14/26 от 25 марта 2010 года, п.48: <http://www2.ohchr.org/english/issues/judiciary/docs/A.HRC.14.26.pdf>.

[191] Деспуи Л. Доклад Специального Докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов Генеральной Ассамблее от 28 июля 2009 года, п.30: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/427/93/PDF/N0942793.pdf?OpenElement>.

[192] п.п. 53, 55, 57, 60 Доклада Специального Докладчика;

Новый Закон «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года устанавливает обязанность адвоката постоянно совершенствовать свои знания и повышать квалификацию (ст.18).

Вплоть до последнего времени курсы повышения квалификации адвокатов на постоянной основе организовывались и проводись при Республиканской коллегии адвокатов.

При этом программа курсов практически полностью сосредоточена на национальном законодательстве и правоприменительной практике.

Можно констатировать, что вопреки международным стандартам независимости адвокатов, при повышении квалификации адвокатов в Республике Беларусь не уделяется должного внимания ознакомлению их с международными принципами прав человека, нормами международных договоров и правоприменительной практикой международных контрольных органов в этой области. В связи с чем, как правило, адвокаты не имеют надлежащих знаний и навыков в применении на национальном уровне международных принципов, стандартов и норм прав человека; не имеют необходимой подготовки для использования международных инструментов и механизмов защиты прав человека при исчерпании национальных, а поэтому, вовсе не используют их в своей деятельности.

Представляется, что недостаток знаний и навыков существенно ограничивает адвоката в его интеллектуальной независимости, а также в возможности использования всех имеющихся средств правовой защиты прав своих клиентов.

Кроме того, 15 апреля 2011 г. Министерством юстиции издан приказ №96 «Об участии адвокатов в образовательных мероприятиях за пределами Республики Беларусь». В частности, в приказе указано, что *«…в последнее время участились случаи самостоятельного посещения отдельными адвокатами различных семинаров, «круглых столов» и иных подобных образовательных мероприятий за пределами Республики Беларусь, на которых иногда преподаются знания, не способствующие повышению уровня правовой образованности адвокатов. Под видом расширения знаний о правах человека тенденциозно освещается работа правоохранительных органов и судов республики, дискредитируется работа территориальных органов адвокатуры, роль органов юстиции в реализации права граждан на защиту. Органы адвокатского самоуправления самоустранились от этого вопроса, беспринципно относятся к подобным поездкам, что не способствует укреплению дисциплины и организованности в адвокатской среде…»*. В связи с чем, коллегиям адвокатов приказано обеспечивать выезд адвокатов для участия в образовательных мероприятиях за пределами Республики Беларусь только с согласия президиума соответствующей коллегии адвокатов. А также определять при этом целесообразность участия адвокатов в образовательных мероприятиях за пределами Республики Беларусь на основе отчетов адвокатов с учетом тематики мероприятий и их специализации.

Очевидно, что данный приказ является грубым вмешательством, как в деятельность должных быть самоуправляемыми профессиональных ассоциаций адвокатов, так и в деятельность каждого адвоката в отдельности, когда, имея целью повышение собственного профессионального уровня, что для адвоката является необходимым согласно международным стандартам и обязанностью согласно белорусскому Закону, адвокат

вынужден обращаться за получением чьего-либо согласия, при этом, отчитываясь и обосновывая целесообразность своего решения пройти обучение.

2.4. Свобода осуществления профессии адвоката

Международные стандарты

Лицо, приобретшее статус адвоката, для того, чтобы являться независимым в осуществлении своих профессиональных функций, должно обладать свободой осуществления профессии. Международные стандарты независимости адвокатов определяют следующие:

- *выполнение адвокатами всех своих профессиональных обязанностей в обстановке, свободной от угроз, препятствий, запугивания или неоправданного вмешательства;*

- *свобода совершать поездки и беспрепятственно консультироваться со своими клиентами внутри страны и за ее пределами;*

- *не подвергаться судебному преследованию, судебным, административным, экономическим или иным санкциям за любые действия, совершенные в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, нормами и этикой, а также угрозам такого преследования и санкций*[193]*;*

- *в случаях, когда возникает угроза безопасности юристов в результате выполнения ими своих функций, власти должны обеспечивать юристам надлежащую защиту*[194]. Таким образом, существует позитивное обязательство государств принимать эффективные меры для обеспечения безопасности юристов. Это означает, что в случае любого запугивания или физического нападения на юриста непременно должно быть оперативно проведено беспристрастное и независимое расследование.

- *необходимость обеспечивать немедленный доступ адвоката к своему клиенту*[195]*, - в любом случае не позднее, чем за 48 часов с момента ареста или задержания клиента;*

- *необходимость обеспечивать конфиденциальный характер любых сношений и консультаций между юристами и их клиентами в рамках профессиональных отношений*[196]*;*

- *адвокаты не должны отождествляться со своими клиентами и их интересами в результате выполнения адвокатами профессиональных функций*[197].

[193] п.16 Основных принципов, аналогично – Принцип I п.п. 3, 4 Рекомендаций 21-го Комитета министров Совета Европы «О свободе осуществления профессии адвоката», приняты Комитетом министров Совета Европы на 727-м заседании на уровне заместителей министров 25 октября 2000 года: <http://www.zakon-online.com/Admin/login.aspx?doc_id=2242313>.

[194] п.17 Основных принципов, касающихся роли юристов.

[195] п.7 Основных принципов, касающихся роли юристов, аналогично - Принцип I п. 5 Рекомендаций.

[196] п.22 Основных принципов, касающихся роли юристов, аналогично - Принцип I п.п.5, 6 Рекомендации;

Специальные Докладчики утверждают, что последний из приведенных принципов является одним из наиболее часто нарушаемых[198]. Преимущественно это происходит, когда адвокаты защищают своих клиентов в политически окрашенных делах или делах, связанных с крупными взятками, организованной преступностью, терроризмом и торговлей наркотиками. И тогда нередко против адвокатов возбуждаются расследования на основании предполагаемой связи с предполагаемой преступной деятельностью их клиентов или поддержки этой деятельности. Или их, в конечном счете, обвиняют в распространении порочащих сведений исключительно из-за того, что они представляют и защищают своих клиентов.

Это в свою очередь приводит к тому, что адвокаты зачастую отказываются от ведения таких дел, а лица, обвиняемые в совершении "политических" преступлений, сталкиваются с трудностями в поиске адвокатов, которые могли бы их защищать, создаются препятствия их доступа к правосудию.

На практике факты отождествления адвокатов с интересами и деятельностью их клиентов имеют место также и со стороны представителей гражданского общества. Так, например, в январе 2009 г. в Москве участниками молодежной националистической группировки был застрелен российский адвокат Станислав Маркелов, известный своей профессиональной деятельностью по уголовным делам по защите прав потерпевших и обвиняемых, придерживающихся антифашистской идеологии[199].

На государства возложена обязанность не допускать подобных ситуаций. Государства обязаны создать механизмы, ограждающие адвокатов от преследований за деятельность, связанную с выполнением ими своих профессиональных функций. В противном случае, когда такие преследования имеют место, адвокаты могут прекратить эффективно или вовсе представлять своих клиентов.

- *суд или административный орган, в котором признается право адвоката, не может отказать в признании права адвоката отстаивать интересы своего клиента.* Исключением из этого правила являются ситуации, когда адвокату было отказано в выполнении профессиональных обязанностей в соответствии с национальным правом и практикой и Основными принципами, касающимися роли юристов[200];

- *компетентные органы обязаны обеспечивать адвокатам, как только в этом появится необходимость, достаточно заблаговременный доступ к информации, досье и документам, находящимся в их ведении, для оказания адвокатами эффективной юридической помощи своим клиентам[201].*

- *государства должны обеспечивать надлежащее вознаграждение за оказание адвокатами юридической помощи бедным или другим лицам, находящимся в неблагоприятном положении*;

---

[197] п.18 Основных принципов, касающихся роли юристов.

[198] п.64 Доклада Специального Докладчика по вопросу независимости судей и адвокатов Леандро Деспуи Генеральной Ассамблее ООН от 28 июля 2009 г.;

[199] Официальный сайт агентства Интерфакс: <http://www.interfax.ru/society/txt.asp?id=188853>.

[200] п.19 Основных принципов, аналогично; Принцип I п. 7 Рекомендации.

[201] п.21 Основных принципов, аналогично; Принцип I п. 7 Рекомендации.

- Основными принципами, касающимися роли юристов, для соответствия адвокатов требованию независимости особо подчеркивается необходимость обладания ими такими правами и свободами, присущими каждому, как *свобода выражения мнения, убеждений и собраний, свобода ассоциаций*[202]. Эти свободы представляют собой существенно важное требование для надлежащего и независимого функционирования профессиональных юристов, и должны устанавливаться и гарантироваться законом. Хотя этими свободами пользуются все лица, они имеют особую значимость применительно к лицам, участвующим в процессе отправлении правосудия[203].

Свобода выражения мнения.

Свобода выражения мнения не является исключительно профессиональной гарантией адвоката. Данная свобода присуща каждому. Однако для адвоката возможность свободно выражать свое мнение по проблемам законодательства, правоприменительной практики, процессу отправления правосудия, вопросам, касающимся поощрения и защиты прав человека и т.д., не только в процессе рассмотрения конкретного дела, но также и в ходе бесед, круглых столов, конференций, семинаров, в средствах массовой информации, крайне важна. Это является частью профессиональной деятельности, так как на адвокатов государствами возложена и общественная функция правого воспитания.

Свобода выражения мнения не является абсолютной, в том числе, и для адвокатов. Она подлежит ограничениям, предусмотренным законом, в случае существенного публичного интереса. Но ограничениям, являющимися пропорциональными и не ставящими под угрозу саму суть свободы выражения мнения. Пользуясь данной свободой адвокаты должны руководствоваться правом, признанными нормами и профессиональной этикой[204].

Анализ международных стандартов прав человека и практики международных контрольных органов в этой области позволяет заключить, что ограничения свободы выражения мнения адвокатов могут относиться лишь к их недобросовестным высказываниям и случаям подмены адвокатами своих профессиональных обязанностей – использование всех средств правовой защиты клиентов – лишь резкой публичной критикой правоприменительной системы.

Свобода собраний

Обладание свободой мирных собраний чрезвычайно важно. Она не должна ограничиваться, в том числе, для адвокатов, если такое ограничение не предусмотрено Законом и не является необходимым в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, для охраны здоровья и нравственности или защиты прав и свобод других лиц.

Важным примером подхода международных контрольных органов является дело Европейского суда по правам человека Ezelin v. France[205]. Так, в 1983 г. во Франции

---

[202] п.п. 23, 24 Основных принципов, касающихся роли юристов.

[203] п.50 Доклада Специального Докладчика по вопросу независимости судей и адвокатов Леандро Деспуи Генеральной Ассамблее ООН от 28 июля 2009 года.

[204] п.23 Основных принципов, касающихся роли юристов.

[205] Case of Ezelin v. France, Application no. 11800/85, Judgment 26/04/1991:

состоялась демонстрация протеста против двух решений судов, в результате чего лишением свободы и штрафами были наказаны три активиста профсоюзного движения за уголовно наказуемое причинение вреда общественным зданиям. В демонстрации принял участие и заместитель председателя профсоюза коллегии адвокатов - он держал плакат. Адвокату был сделан выговор за то, что он принял участие в собрании, в ходе которого произошли беспорядки. Дисциплинарному взысканию адвокат подвергся за то, что не отделился от демонстрантов, хотя сам он не совершал каких бы то ни было насильственных или неправомерных действий. Поведение адвоката было расценено как несовместимое с обязательствами по его профессии.

Европейский Суд рассмотрел вопрос с учетом всех обстоятельств, был ли выговор соразмерным легитимной цели этого наказания, если принять во внимание особую важность свободы мирных собраний и свободы выражения мнения. Суд пришел к выводу, что принцип соразмерности требует, чтобы были уравновешены цели, перечисленные в п.2 ст.11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, и свободное выражение мнений словами, жестами и даже молчанием людей, собравшихся на улицах или в общественных местах. Стремление к достижению такого равновесия не должно привести к тому, что из опасений дисциплинарных санкций адвокаты перестанут ясно выражать свои убеждения в таких ситуациях. И, хотя в настоящем случае санкция в отношении адвоката была минимальной, Европейский Суд счел, что она не была необходимой в демократическом обществе, и констатировал нарушение права адвоката Ezelin на мирные собрания.

Законодательство и правоприменительная практика Республики Беларусь

Многие из перечисленных выше международных стандартов свободы осуществления профессии адвоката и соответствующие примеры Республики Беларусь были рассмотрены в рамках стандартов права на защиту в справедливом судебном разбирательстве.

Следует подчеркнуть, что для Республики Беларусь наиболее характерным вызовом независимости адвокатуры – свободе осуществления профессии адвоката - является вмешательство в адвокатскую деятельность со стороны органа исполнительной власти – Министерства юстиции. При этом возможность такого вмешательства закреплена на законодательном уровне.

Так, ст.38 Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года предусмотрены широчайшие полномочия Министерства юстиции по отношению к адвокатуре. Например, регулирование адвокатской деятельности; контроль за ее осуществлением; получение от коллегий адвокатов, юридических консультаций, адвокатских бюро, адвокатов, а также от государственных органов и иных организаций сведений и документов, касающихся адвокатской деятельности; внесение в коллегию адвокатов представлений о привлечении адвокатов к дисциплинарной ответственности; отстранение адвоката от осуществления профессиональных обязанностей на срок ведения дисциплинарного производства в случае его возбуждения Министром юстиции Республики Беларусь; внесение в Квалификационную комиссию представлений о проведении внеочередной аттестации адвоката для определения возможности выполнения адвокатом

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ezelin%20%7C%20FRANCE&sessionid=72063667&skin=hudoc-en>.

своих профессиональных обязанностей; определение порядка проведения аттестаций адвокатов и другие (всего 17 пунктов).

На практике проблема вмешательства в деятельность адвокатуры и отдельных адвокатов обострилась после событий 19 декабря 2010 года.

Так, например, 29 декабря 2010 г. на официальном сайте Министерства юстиции Республики Беларусь размещена информация, что отдельные адвокаты, осуществляющие защиту лиц, участвовавших 19 - 20 декабря 2010 года в совершении действий, направленных на организацию массовых беспорядков, допускают грубые нарушения Правил профессиональной этики адвоката, действующего законодательства, в том числе Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре». Указано, что адвокаты, злоупотребляя своим правом на защиту иных лиц, в искаженном свете подают информацию о ходе следствия и возможности реализации прав своих подзащитных на юридическую помощь, состоянии их здоровья и условиях содержания, тенденциозно подают информацию о работе правоохранительных органов страны. В связи с чем, Министерство юстиции, как лицензирующий орган в области адвокатской деятельности, внесло представление руководству Минской городской коллегии адвокатов, в котором потребовало принять безотлагательные меры. По выявленным фактам Минюстом проводилась проверка, по результатам которой были приняты предусмотренные законодательством меры реагирования[206].

Однако Минская городская коллегия адвокатов не усмотрела фактов нарушения в действиях своих коллег и отказала в удовлетворении представления Министерства юстиции на четырех адвокатов[207].

Минская коллегия адвокатов дважды отказывала Министерству юстиции в возбуждении дисциплинарного производства. Тогда в качестве средства давления Министерством юстиции была организована масштабная проверка всех адвокатов и юридических консультаций Минской коллегии адвокатов[208].

По результатам данной проверки постановлением Министерства юстиции от 14 февраля 2011 г. прекращено действие специальных разрешений (лицензий) на осуществление адвокатской деятельности: двух адвокатов - за грубые нарушения порядка оформления соглашений на оказание юридической помощи, препятствование лицензирующему органу в проведении мероприятий по контролю за соблюдением законодательства, выразившееся в представлении недостоверных сведений; двух адвокатов - за грубые нарушения законодательства о лицензировании, выразившихся в отказе от оказания юридической помощи[209]. При этом, по словам председателя Минской городской коллегии адвокатов А. Пыльченко, никаких дисциплинарных производств в отношении

---

[206] Доступ в Интернет: < http://www.minjust.by/ru/site_menu/news?id=734>.
[207] по информации газеты «Наша Нива»: < http://nn.by/?c=ar&i=49093>.
[208] п.2.1.1 Аналитического обзора G-3 (2011 год) «Положение адвокатов в Республике Беларусь после президентских выборов 19 декабря 2010 года» Международной наблюдательной миссии Комитета международного контроля за ситуацией с правами человека в Беларуси:
<http://eurobelarus.info/by/article/analitichesky-obzor >.
[209] < http://minjust.by/ru/site_menu/news/?id=775 >.

указанных выше адвокатов не возбуждалось, так как никаких представлений по их профессиональной деятельности Минюст в коллегию не вносил[210].

Рассмотренный пример позволяет заключить, что орган исполнительной власти «расправился» с неугодными адвокатами, защищающими лиц в «политических» делах, даже не прибегая к возбуждению дисциплинарной процедуры в независимом дисциплинарном органе с соблюдением уважающей права человека процедуры. Данный пример является вмешательством органа исполнительной власти в деятельность отдельных адвокатов, а также должной быть независимой профессиональной адвокатской ассоциации.

К неоправданному вмешательству в деятельность адвокатуры следует также отнести и контрольные функции Министерства юстиции в отношении адвокатуры – проверки Минюстом адвокатов и их коллегий. Полномочия по совершению указанных действий предоставлены министерству Законом «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года (ст.38) вопреки международным стандартам недопустимости вмешательства в должную быть независимой деятельность адвокатов и самостоятельности адвокатских профессиональных ассоциаций. Следует отметить, что в первоначальной редакции Закона «Об адвокатуре» 1993 года контрольных полномочий у Министерства юстиции в отношении адвокатуры не было.

Порядок осуществления Министерством юстиции контрольной функции законодательством об адвокатуре не определен. Единый порядок контрольной и надзорной деятельности установлен Указом Президента Республики Беларусь от 16.10.2009 года №510 «О совершенствовании контрольной (надзорной) деятельности в Республике Беларусь» (с изменениями и дополнениями).

Министерство юстиции в своем постановлении от 29.01.2010 г. №5 «О некоторых мерах по реализации Указа Президента Республики Беларусь от 16 октября 2009 г. № 510» распространяет порядок, установленный Указом, на контроль Министерства юстиции за соблюдением законодательства об осуществлении адвокатской деятельности и на контроль за выполнением лицензиатами требований и условий осуществления лицензируемого вида деятельности. Таким образом, нарушения законодательства адвокатом со стороны Министерства юстиции могут быть установлены только в том порядке, который регламентирован Указом № 510.

При этом на практике, Минюст проводит проверки деятельности адвокатов по собственному усмотрению, вне процедуры и гарантий для проверяемого субъекта, установленных Указом Президента Республики Беларусь № 510[211]. Так, Минюст полагает, что это законно, и практикует проведение проверок в произвольном порядке, без установленных правил, когда не применяются принципы контрольной деятельности, не регламентированы полномочия и обязанности проверяющих, нормативно не установлен порядок изъятия документов адвокатов (в том числе, содержащих адвокатскую тайну), а

210 < http://belapan.com/archive/2011/02/25/452409/ >.

211 Например, в гражданском процессе в суде Московского района г. Минска по жалобе бывшего адвоката А. на постановление Министерства юстиции, датированное февралем 2011 г., в части прекращения действия выданного адвокату специального разрешения (лицензии) на осуществление адвокатской деятельности, представители Министерства юстиции заявили, о том, что, якобы, порядок проведения проверок коллегий адвокатов и адвокатов-лицензиатов законом не установлен, поэтому Минюст проводит такие проверки по собственному усмотрению.

также отсутствуют гарантии для проверяемых адвокатов. Как показала практика, в некоторых случаях, адвокаты не знали, что в отношении них проводится проверка, что Минюстом изъяты документы, касающиеся их деятельности. Давая объяснения Министерству юстиции, они не были введены в курс дела относительно предъявляемых к ним претензий.

Кроме того, имеет место избирательный подход Министерства юстиции в отношении определения адвокатов, подлежащих проверке. Так, например, в апреле 2011 года Минюст проверял деятельность отдельных адвокатов по установленному Министерством списку. Принцип его формирования официально не известен. Однако, изучая, кто подвергся проверке, можно сделать вывод, что в него были включены практически все адвокаты, осуществлявшие защиту лиц-участников событий 19 декабря 2010 года в городе Минске, обвиненных в организации и участии в массовых беспорядках, имевших место после состоявшихся президентских выборов, то есть, по политически мотивированным делам. Указанный подход Минюста можно расценить, как отождествляющий адвокатов и их клиентов. Аналогичный подход к адвокатам, защищающих лиц по «политическим» делам, своей очевидной предвзятостью зачастую демонстрировали правоохранительные органы и суды, рассматривающие указанные дела.

Результатом проверок Минюста может явиться решение коллегии Министерства юстиции о прекращении действия адвокатской лицензий либо может наступить первый этап на пути к такому лишению. При любом результате проверки сам ее факт оказывает существенное психологическое воздействие на подвергаемого проверке адвоката, и, безусловно, может оказать влияние на его независимость.

Яркими примерами вмешательства в деятельность адвокатов и адвокатуры являются также рассмотренные выше примеры издания Министерством юстиции приказа № 90 от 15 апреля 2011 года «Об участии адвокатов в образовательных мероприятиях за пределами Республики Беларусь»; назначения согласно приказу Министерства юстиции Республики Беларусь №135 от 30 мая 2011 года внеочередной аттестации адвокатов, проведенной в Республике Беларусь с 15 июня по 15 сентября 2011 года; установление Министерством юстиции с 28 мая 2011 г. на 3 месяца ограничения оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами[212].

Как факты вмешательства в деятельность адвокатов и их преследование следует отметить попытки выемок документов адвокатов, в том числе, содержащих адвокатскую тайну, белорусскими правоохранительными органами; случаи уголовного преследования адвокатов, ведущих «политические» и резонансные дела[213].

Кроме того следует отметить встречающуюся в Беларуси проблему с признанием права адвоката отстаивать интересы своего клиента. Так, согласно ст. 62 Конституции Республики Беларусь, каждый имеет право в любой момент пользоваться юридической помощью адвокатов. Статья 17 Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года провозглашает право адвоката оказывать клиентам любую юридическую помощь, в которой они нуждаются. Аналогичное право адвоката было

---

[212] Официальный сайт Министерства юстиции Республики Беларусь: < http://www.minjust.by/ru/site_menu/news/?id=876 >.

[213] См., например, <http://by-solidarity.yhrm.org/ru/content/sotrudniki-kgb-sobirayut-informaciyu-ob-advokate-olege-ageeve>, <http://spring96.org/ru/news/42304>, <http://charter97.org/ru/news/2011/5/17/38617/>.

предусмотрено и Законом 1993 года. Однако, на практике существует проблема в реализации указанного права. Так, например, широко распространены обращения лиц, вызванных в правоохранительные органы для допроса в качестве свидетелей, к адвокатам за оказанием им юридической помощи в уголовном процессе. При этом УПК Республики Беларусь право на юридическую помощь адвоката свидетелю в уголовном процессе не предусмотрено. На это, игнорируя положения Конституции и Закона, ссылаются должностные лица, ведущие предварительное следствие или дознание, и зачастую не допускают адвокатов к участию в деле для оказания свидетелю юридической помощи.

Рассматривая белорусское законодательство и правоприменительную практику, можно констатировать нарушение свободы выражения мнения белорусских адвокатов. Так, ст.33 Конституции Республики Беларусь гарантирует каждому свободу мнений, убеждений и их свободное выражение. Ст.34 Конституции предусматривает право на получение, хранение и распространение полной, достоверной и своевременной информации, в том числе, о деятельности государственных органов, общественных объединений.

Однако Закон «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года, в отличие от Закона 1993 года, уже не подчеркивает важность свободы слова для адвокатов.

Очевидно, что изъятий для адвокатов в отношении прав, предусмотренных статьями 33 и 34 Конституции, по сравнению с другими гражданами не существует. Однако практический подход государства к реализации адвокатами свободы выражения мнения был недвусмысленно выражен Министерством юстиции в начале 2011 года. Так, например, в январе 2011 года Министерством юстиции в адрес Минской городской коллегии адвокатов направлено представление о привлечении к дисциплинарной ответственности адвоката С. и предложение рассмотреть вопрос о целесообразности пребывания адвоката в составе президиума Минской городской коллегии адвокатов. Причиной послужило высказывание адвоката С., оцененное министерством, как «некорректное в адрес адвокатуры, как независимого правового института, поскольку адвокат подвергнул сомнениям обоснованность действий Министерства юстиции, как государственного лицензирующего органа», заявив, что это «прессинг со стороны государства на деятельность государственных адвокатов»[214].

Но Президиум коллегии адвокатов, в свою очередь, счел привлечение адвоката к дисциплинарной ответственности по указанным министерством фактам необоснованным.

Однако уже в январе 2012 года по областным и в Минскую городскую коллегию адвокатов было направлено письмо председателя Республиканской коллегии адвокатов В. Чайчица №01-25/488 «Об интервью адвокатов в СМИ», в котором адвокатам рекомендуется согласовывать интервью в СМИ с заведующими юридических консультациями, председателями коллегий и их заместителями. На заместителей председателя коллегий возлагается обязанность изучать интервью адвокатов, появляющиеся в СМИ, и направлять их в Республиканскую коллегию[215].

Таким образом, сегодня свобода выражения мнения белорусского адвоката попирается не только государством, но и самой профессиональной ассоциацией адвокатов.

---

[214] Официальный сайт Министерства юстиции Республики Беларусь: <http://www.minjust.by/ru>.
[215] < http://platformarb.com/advokaty-sami-sebe-zatykayut-rty/>.

Следует также отметить нарушение свободы собраний применительно к адвокатам.

Так, например, 4 января 2011 г. коллегия Министерства юстиции поддержала решение Квалификационной комиссии от 3 января 2011 г. об аннулировании лицензии адвокату Гродненской областной коллегии Б. за нарушение действующего законодательства, выразившегося в участии в несанкционированном митинге 19 декабря 2010 года, повлекшем массовые беспорядки с нанесением ущерба государственным учреждениям[216]. 19 декабря 2011 года адвокат действительно участвовала в несанкционированном мирном мероприятии, но, никаких противоправных действий не совершала. Тем не менее, за участие в несанкционированном массовом мероприятии судом адвокат Б. была привлечена к административной ответственности. Коллегия адвокатов в связи с указанным фактом приняла решение о применении к адвокату наиболее суровой меры дисциплинарного взыскания – исключения из адвокатуры.

Представляется, что, исходя из принципа соразмерности, данная санкция не являлась необходимой в демократическом обществе, нарушила свободу мирных собраний и поставила под удар свободу выражения адвокатом своего мнения, которые равно, как и другим гражданам, должны быть присущи адвокатам.

2.5. Профессиональные ассоциации адвокатов

Международные стандарты

Как и любой индивид, адвокаты должны обладать свободой ассоциаций[217]. Для адвокатов данная свобода важна вдвойне, исходя из той роли, которую профессиональные ассоциации играют в обеспечении деятельности своих адвокатов.

Пункт 24 Основных принципов, касающихся роли юристов, устанавливает, что юристы (адвокаты) имеют право создавать и являться членами самостоятельных профессиональных ассоциаций, представляющих их интересы, способствующих их непрерывному образованию и подготовке и защищающих их профессиональные интересы.

При этом согласно преамбуле Основных принципов ролью профессиональных ассоциаций адвокатов является:

- обеспечение соблюдения профессиональных норм и этики в защите своих членов от преследования и неправомерных ограничений и посягательств;
- предоставление юридических услуг всем нуждающимся;
- сотрудничество с правительственными и иными учреждениями в содействии осуществлению целей правосудия.

Согласно п.25 Основных принципов, касающихся роли юристов, профессиональные ассоциации юристов призваны сотрудничать с правительствами, с целью обеспечить, чтобы все лица имели реальный и равный доступ к юридическому обслуживанию, и, чтобы юристы имели возможность без неправомерного вмешательства консультировать и

[216] Официальный сайт Министерства юстиции Республики Беларусь: <http://www.minjust.by/ru>.
[217] п.24 Основных принципов, касающихся роли юристов, аналогично: Принцип V п. 1 Рекомендации.

оказывать помощь клиентам в соответствии с законом и признанными профессиональными стандартами и этическими нормами. Из этого положения следует обязанность органов власти содействовать учреждению и деятельности профессиональных ассоциаций юристов, не вмешиваясь в эти процессы, - содействовать их независимости.

Исполнительный орган профессиональных ассоциаций должен избираться их членами и выполнять свои функции без вмешательства извне[218].

Анализируя вызовы независимости адвокатов в разных странах мира в свете установленных международных стандартов их роли и независимости, Специальный Докладчик выделяет следующие существенные аспекты создания и функционирования профессиональных ассоциаций адвокатов, на которые должно быть обращено внимание государств:

- ассоциации адвокатов должны быть независимыми от исполнительной власти. Контроль Министерства юстиции и обязательное членство в контролируемой государством коллегии подрывает независимость адвоката;
- ассоциации адвокатов должны иметь официальный статус, дабы функционировать с требуемой отдачей;
- предпочтительным является создание в государстве единой профессиональной ассоциации адвокатов, дабы поддерживать целостность профессии, качество услуг, на должном уровне взаимодействовать с другими участниками процесса отправления правосудия. Это не препятствует созданию региональных и местных профессиональных ассоциаций под эгидой единой;
- сделаны выводы в пользу обязательного членства адвокатов в профессиональной ассоциации. Так, например, по мнению Межамериканской комиссии по правам человека, обязательное членство способствует укреплению защиты равенства юристов перед законом[219];
- недопустимо влияние органов исполнительной власти на назначение руководства профессиональных ассоциаций адвокатов;
- состав членов исполнительных органов ассоциаций юристов должен быть плюралистическим[220].

Из рассмотренных положений международных документов следует, что основной целью создания профессиональных ассоциаций адвокатов является защита профессиональных интересов адвокатов и укрепления их независимости, но не управление деятельностью адвокатов.

Государства должны обеспечить, чтобы сами профессиональные ассоциации и их руководящие органы в своей деятельности были истинно независимыми, не испытывали

---

[218] п.24 Основных принципов, аналогично: Принцип V п. 2 Рекомендации, п. 17 стандартов МАЮ.

[219] The Inter-American Commission of Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.74 Doc. 10/rev. 1,16 September 1988, cases 9777 and 9718 vs. Argentina, 30 March 1988, conclusions, para. 8.

[220] п.п. 22-27 Доклада Специального Докладчика по вопросу независимости судей и адвокатов Леандро Деспуи Генеральной Ассамблее от 28 июля 2009 года.

воздействия извне, в особенности, - со стороны органов исполнительной власти. Чтобы именно от независимой профессиональной ассоциации зависело принятие решений о допуске адвокатов к профессиональной деятельности адвоката, ее продолжение, повышение профессиональной квалификации, разработка правил и контроль за исполнением адвокатской этики, участие в разработке законодательства, касающегося адвокатской деятельности и т.д. Только тогда будет возможно обеспечение истинной независимости адвокатов-членов такой ассоциации, свободное и эффективное осуществление ими профессиональной деятельности по защите прав и основных свобод.

Безусловно, недопустимы подрывающие независимость адвокатов действия со стороны самой профессиональной ассоциации и ее органов. Недопустима подмена функции защиты своих членов от преследования и неправомерных ограничений и посягательств и иных профессиональных интересов, защиты интересов всего адвокатского сообщества, контрольными и управленческими функциями, продвижением интересов отдельных групп, что подрывает независимость, авторитет адвокатов и доверие к ним.

Законодательство и правоприменительная практика Республики Беларусь

В Беларуси образованы Республиканская и территориальные (Минская городская и областные) коллегии адвокатов (ст.40 Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь»).

Территориальная коллегия адвокатов является некоммерческой организацией, основанной на обязательном членстве адвокатов отдельной административно-территориальной единицы (ст.41 Закона). К ее компетенции отнесено:

обеспечение доступности получения юридической помощи, в том числе за счет средств республиканского и (или) местного бюджетов;

организация и обеспечение оказания юридической помощи по уголовным делам по назначению через территориальную коллегию адвокатов по требованию органа, ведущего уголовный процесс, в том числе доведение информации о порядке ее предоставления до органов, ведущих уголовный процесс, и адвокатов территориальной коллегии адвокатов, а также контроль за ее оказанием;

контроль за соблюдением адвокатами территориальной коллегии адвокатов законодательства, в том числе Правил профессиональной этики адвоката;

согласование решений адвокатов об осуществлении адвокатской деятельности индивидуально либо учреждении адвокатского бюро;

проведение по поручению Квалификационной комиссии аттестации адвокатов;

рассмотрение жалоб (представлений, определений) на действия адвокатов территориальной коллегии адвокатов;

представление и защита интересов адвокатов территориальной коллегии адвокатов;

осуществление иных полномочий, связанных с деятельностью территориальной коллегии адвокатов (ст.42 Закона).

Республиканская коллегия адвокатов является некоммерческой организацией, основанной на обязательном членстве территориальных коллегий адвокатов. Республиканская коллегия призвана представлять и защищать интересы адвокатов во взаимоотношениях с государственными органами и иными организациями, координировать деятельность территориальных коллегий адвокатов, осуществлять меры, направленные на повышение качества оказания юридической помощи (ст.46 Закона).

Таким образом, приведенные положения Закона свидетельствуют о том, что определенная Законом роль белорусских профессиональных адвокатских ассоциаций не противоречит международным стандартам. Как должно, исполнительные органы адвокатских ассоциаций являются коллегиальными.

Проблема заключается в том, что и на законодательном уровне, и на практике белорусские адвокатские ассоциации не являются независимыми от исполнительной власти. Ярким примером тому служат следующие установленные Законом «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года полномочия Министерства юстиции в отношении адвокатуры, делающие адвокатуру управляемой и полностью подконтрольной Министерству:

создание Квалификационной комиссии и организация ее деятельности;

разработка и утверждение Правил профессиональной этики адвоката;

внесение в коллегию адвокатов представлений о привлечении адвокатов к дисциплинарной ответственности, о проведении общего собрания (конференции) членов территориальной коллегии, а также внесение в Квалификационную комиссию представлений о проведении внеочередной аттестации адвоката для определения возможности выполнения адвокатом своих профессиональных обязанностей в случае выявления фактов, свидетельствующих о его недостаточной квалификации;

определение порядка проведения аттестации адвокатов;

отстранение адвоката от осуществления профессиональных обязанностей на срок ведения дисциплинарного производства в случае его возбуждения Министром юстиции Республики Беларусь;

внесение в органы управления коллегий адвокатов предложений по кандидатурам для избрания на должности председателей коллегий адвокатов;

внесение на рассмотрение общего собрания (конференции) территориальной коллегии адвокатов (совета Республиканской коллегии адвокатов) представления о досрочном отзыве председателя территориальной коллегии адвокатов (председателя Республиканской коллегии адвокатов), допускающего систематическое нарушение требований законодательства, принятие иных мер по устранению выявленных нарушений;

досрочное прекращение полномочий председателя коллегии адвокатов на основании заключения Квалификационной комиссии в случае необоснованного отказа в удовлетворении представления Министерства юстиции Республики Беларусь о досрочном отзыве председателя коллегии адвокатов за систематическое нарушение требований законодательства;

осуществление в установленном порядке контроля за соблюдением адвокатами, коллегиями адвокатов, юридическими консультациями и адвокатскими бюро законодательства;

приостановление не соответствующих законодательству либо принятых с нарушением установленного порядка решений органов управления коллегий адвокатов и внесение в эти органы представлений об отмене таких решений, а также обращение в суд с заявлениями об отмене этих решений в случае необоснованного отказа в удовлетворении соответствующих представлений.

Указанные положения Закона активно применяются на практике.

Как уже упоминалось, в 2011 году Министерством юстиции неоднократно проводились проверки адвокатских коллегий; в Минскую городскую коллегию неоднократно вносились представления о привлечении адвокатов к дисциплинарной ответственности. Кроме того, Минюстом было внесено представление о досрочном отзыве председателя Минской городской коллегии адвокатов А. Пыльченко[221]; приостановлено решение Общего собрания адвокатов Минской городской коллегии об избрании адвокатами председателем коллегии А. Санковича[222].

Очевидно, что приведенные положения Закона, а также их реализация на практике, являются беспрецедентным вмешательством органа исполнительной власти, сводящим на нет принципы независимости и самоуправляемости адвокатских ассоциаций.

Следует отметить еще одну проблему. Представляется, что в Беларуси отсутствует должное отношение адвокатских ассоциаций к защите своих членов от преследования и неправомерных ограничений и посягательств, отстаиванию интересов профессиональной независимости, повышению роли адвокатов в процессе отправления правосудия и в обществе.

Практика показывает, что, вопреки международным стандартам, роль защиты интересов своих членов адвокатскими ассоциациями подменяется на руководящую и регулирующую. Такой подход свидетельствует о нежелании либо неспособности выполнения ассоциациями своего главного предназначения. Не вызывает сомнений, что это угрожает, как независимости каждого адвоката в отдельности, так и независимости института адвокатуры в целом.

Так, например, в 2004 г. было принято постановление Президиума РКА «Об активизации работы по ведению адвокатами гражданских дел»[223], на основании которого по сегодняшний день от адвокатов требуют обязательного ведения гражданских дел, регулярного представления отчетности по количественным показателям их ведения. Эти показатели необходимо обеспечивать даже в случае, если в своей практике адвокат специализируется на ведении уголовных дел и не имеет клиентуры по гражданским. Представляется, что указанное является неоправданным вмешательством в деятельность адвокатов со стороны исполнительных органов адвокатских коллегий.

---

[221] <http://spring96.org/ru/news/46624>.

[222] <http://www.minjust.by/ru/site_menu/news/?id=986>.

[223] Постановление Президиума Республиканской коллегии адвокатов от 14.01.2004 № 9 «Об активизации работы по ведению адвокатами гражданских дел» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

Отсутствие у Республиканской коллегии адвокатов (РКА) принципиальной позиции по защите интересов отдельных адвокатов и адвокатского сообщества, и, в частности, - независимости адвокатуры – проявляется в пассивности по отношению к имеющимся вызовам.

Подход должностных лиц РКА, что в Беларуси не существует проблемы с независимостью института адвокатуры, был выражен еще в 2004 году в ходе встречи Председателя Президиума РКА с Рабочей группой ООН по произвольным задержаниям. Председатель РКА выразила мнение, что гарантии адвокатов защищены Законом и никаких препятствий для осуществления деятельности не существует[224].

Впоследствии в 2009 году в отчете заместителя Председателя Президиума РКА Матусевич Т.В., подготовленном в рамках Программы «Содействие более широкому применению международных стандартов в области прав человека в процессе отправления правосудия в Республике Беларусь» по теме: «Судоустройство и статус адвоката», имеющим предметом исследования лицензирование адвокатской деятельности, были перечислены положения белорусского законодательства, законодательная практика зарубежных государств, но так и не сформулирован очевидный вывод о подрыве существующей в Беларуси процедурой доступа к адвокатской профессии базового принципа независимости адвокатов.

В 2011 году, демонстрируя свою лояльность в отношении фактов вмешательства органа исполнительной власти в адвокатскую деятельность, Президиум РКА предпринимал активные попытки пресечь имевшие место действия в защиту независимости адвокатуры со стороны территориальных коллегий адвокатов и их членов. Так, например, 21.02.2011 г. в юридические консультации МГКА было направлено Постановление Президиума РКА от 24.02.11 года № 01/02, которым признан неприемлемым и осужден стиль руководства председателя МГКА; вне компетенции Президиума РКА было указано на невозможность дальнейшего исполнения председателем своих обязанностей. В обоснование постановления указано, в том числе, что А. Пыльченко в интервью *«постоянно делает акцент на то, что лишены лицензии адвокаты, защищавшие участников акции 19 декабря 2011 года. Обращение по данному вопросу в средства массовой информации с непозволительными акцентами политического характера, вовлечение адвокатов коллегии в совершенно ненужную конфронтацию с государственными органами свидетельствует о неспособности председателя МГКА принимать взвешенные и правильные решения»*.

Из приведенного фрагмента явствует позиция исполнительного органа республиканской профессиональной ассоциации адвокатов, определяющая реализацию профессиональных прав и обязанностей адвокатов, отстаивание профессиональных гарантий «совершенно ненужной конфронтацией с государственными органами». Очевидно, что подобный подход и соответствующие ему действия лишают адвокатов независимости не только вне, но и внутри собственной профессиональной ассоциации.

К лишающему адвокатов их конституционной свободы и профессиональной независимости со стороны профессиональной ассоциации следует отнести также и упомянутое письмо председателя Республиканской коллегии адвокатов, В. Чайчица, № 01-

---

[224] п.46 Доклада Рабочей группы ООН по произвольным задержаниям, E/CN.4/2005/6/Add.3 от 25 ноября 2004 года: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/166/25/PDF/G0416625.pdf?OpenElement>.

25/488 2012 года «Об интервью адвокатов в СМИ», в котором адвокатам рекомендуется согласовывать интервью в СМИ.

2.6. Адвокатская этика и дисциплинарные процедуры

Международные стандарты

Пункт 26 Основных принципов устанавливает, что разработка кодексов профессионального поведения юристов должна быть отнесена к компетенции самих юристов через их соответствующие органы совместно с законодательными органами. Кодексы поведения должны соответствовать национальному законодательству, обычаям, признанным международным стандартам и нормам.

В ситуациях, когда адвокаты не действуют в соответствии с профессиональными стандартами, изложенными в кодексах поведения, принимаются соответствующие меры, включая дисциплинарные процедуры.

Все дисциплинарные меры определяются в соответствии с кодексом профессионального поведения и другими признанными стандартами и профессиональной этикой юриста[225].

Из этого следует, что нормы, содержащие дисциплинарные меры, должны содержать четкое описание правил поведения и процедур взыскания за их нарушение. Это согласуется с принципом правовой определенности, который предполагает ясность, точность, непротиворечивость, логическую согласованность правовых норм, особенно тех, которые устанавливают санкции за определенное поведение.

Дисциплинарные процедуры в отношении юристов должны рассматриваться беспристрастным дисциплинарным комитетом, создаваемым юристами, либо в независимом органе, предусмотренном законом, или в суде. Необходимо, чтобы принятые решения подлежали независимому судебному контролю[226].

Обвинения и жалобы в отношении юристов, выступающих в профессиональном качестве, подлежат скорейшему и объективному рассмотрению в соответствии с надлежащей процедурой, которая определяется кодексом профессионального поведения и другими признанными стандартами и профессиональной этикой юриста в свете Основных принципов.

Дисциплинарные процедуры в отношении юристов должны проводиться с уважением прав человека. В частности, юристы имеют право на справедливое разбирательство дела, включая право принимать участие в разбирательстве, помощь юриста по своему выбору, обращаться за судебным контролем принятого решения[227].

---

[225] п.29 Основных принципов, касающихся роли юристов.
[226] Там же, п.28.
[227] п.п.27, 29 Основных принципов, касающихся роли юристов.

В Рекомендации[228] подчеркивается, что в определении санкций за дисциплинарные правонарушения, совершенные адвокатами, необходимо соблюдать принцип пропорциональности.

Законодательство и правоприменительная практика Республики Беларусь

Закон «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года, вопреки рассмотренным международным стандартам относит разработку Правил профессиональной этики адвоката, а также их утверждение, к компетенции Министерства юстиции.

Следует отметить, что ранее – с 1985 и вплоть до 2001 года - в Беларуси действовали Правила адвокатской этики, разработанные и принятые самим адвокатским сообществом. Однако, в свете приобретенной в 1998 году компетенции издавать нормативные правовые акты, регулирующие деятельность адвокатуры[229], 27.06.2001 года постановлением Министерства юстиции № 15 были утверждены Правила профессиональной этики адвокатов, которые действовали до 06 апреля 2012 года – до разработки и утверждения Минюстом новых правил. При этом Правила профессиональной этики адвоката, принятые Президиумом Белорусской Республиканской коллегии адвокатов 26 ноября 1997 года, до настоящего времени формально не отменены, хотя и не применяются.

06.04.2012 года постановлением Министерства юстиции № 39 были утверждены новые Правила профессиональной этики адвоката.

В тексте Правил утверждается, что они основаны, в том числе, на международных стандартах и правилах адвокатской профессии. Хотя уже сам факт разработки Правил профессиональной этики адвоката органом исполнительной власти грубо противоречит международным стандартам. Очевидно, что факт вторжения органа исполнительной власти посредством нормотворчества в установление этических правил адвокатов игнорирует основополагающие принципы адвокатского самоуправления и саморегулирования адвокатской профессии, и направлен на фактическое отрицание гарантий адвокатской деятельности и независимости профессии адвоката.

Представляется, что наиболее проблемным моментом текста Правил, подрывающим независимость адвокатов, является определение в них проступка, являющегося несовместимым со званием адвоката, совершение которого влечет за собой безусловное исключение из территориальной коллегии адвокатов. В частности это:

«совершение действий, дискредитирующих звание адвоката и адвокатуру» – данная формулировка потенциально позволяет именовать несовместимым со званием адвоката чрезмерно широкий и неопределенный круг действий адвокатов;

«препятствование осуществлению Министерством юстиции Республики Беларусь, другими контролирующими органами, органами адвокатского самоуправления функций, возложенных на них законодательными актами» - непонятно, какие действия адвоката могут быть расценены, как «препятствование».

[228] Принцип VI п.4 Рекомендаций.
[229] п.1 ст.31 Закона Республики Беларусь «Об адвокатуре» 1993 года.

Согласно ст. 20 Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года, за совершение деяний, противоречащих Закону, Правилам профессиональной этики адвоката и иным актам законодательства об адвокатуре, адвокаты подлежат дисциплинарной ответственности.

Закон (ст.22) устанавливает, что дисциплинарное производство в отношении адвоката может быть возбуждено не только органами управления коллегии адвокатов, но и Министром юстиции Республики Беларусь по собственной инициативе либо на основании жалобы (представления, определения).

Дисциплинарное производство в отношении адвокатов находится в ведении Дисциплинарных комиссий коллегий адвокатов (территориальных, Республиканской), состоящих из самих адвокатов (ст.ст. 45, 49 Закона), что соответствует международным стандартам. Однако думается, что предоставление при этом Министру юстиции права возбуждать дисциплинарное производство в отношении адвокатов нивелирует то, что дисциплинарное производство ведет независимый адвокатский орган. Очевидно, что в условиях белорусской действительности возбуждение производства главой органа исполнительной власти способно повлиять на результаты рассмотрения дела адвокатской комиссией, лишив ее должной независимости.

Статья 25 Закона устанавливает, что решение о привлечении к дисциплинарной ответственности может быть обжаловано в дисциплинарную комиссию Республиканской коллегии адвокатов. В случае отказа дисциплинарной комиссии Республиканской коллегии адвокатов в удовлетворении жалобы либо неполучения ответа в месячный срок - в суд.

К мерам дисциплинарного взыскания, которые могут быть применены к адвокатам, относятся:

- замечание;
- выговор;
- исключение из территориальной коллегии адвокатов (ст.21 Закона).

При этом исключение адвоката из территориальной коллегии адвокатов производится в случаях, предусмотренных п.2 ст.24 Закона, а также в случае аннулирования или прекращения действия адвокатской лицензии.

С 1 января 2011 года вступил в силу Указ[230], согласно которому лицензирующий орган – Министерство юстиции – был наделен правом прекращать действие лицензии на осуществление адвокатской деятельности, в том числе, в случае выявления лицензирующим или другим контролирующим (надзорным) органом повторного либо грубого нарушения лицензиатом законодательства о лицензировании, коим определено:

- осуществление наличных расчетов по оплате оказываемой юридической помощи без внесения гонорара по квитанции установленного образца,

[230] п.п. 84, 110 Указа Президента Республики Беларусь от 1 сентября 2010 г. № 450 «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

зарегистрированной в государственных налоговых органах, в кассу соответствующей коллегии адвокатов;

- отказ от оказания юридической помощи в случаях, когда оказание такой помощи в соответствии с законодательством является обязательным, по основаниям, не предусмотренным нормативными правовыми актами, *а также иных нарушений* (согласно Закону «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года, в том числе, это же основание в качестве дисциплинарной меры позволяет исключить адвоката из территориальной коллегии).

Формулировка «а также иных нарушений» дает Минюсту возможность неоправданно широкого толкования своих полномочий по прекращению адвокатских лицензий и действия в обход установленной Законом «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республики Беларусь» 2011 года дисциплинарной процедуры. Такой подход Минюст неоднократно использовал на практике. Например, в судебном процессе по жалобе лишенного лицензии адвоката А. представители Минюста утверждали, что указанная формулировка Положения о лицензировании позволяет Министерству прекратить действие лицензии в случае, если им выявлены иные нарушения законодательства, в частности, грубые финансовые нарушения, либо проступок, несовместимый со званием адвоката. И так как в данных случаях критерии оценки действий адвоката, подпадающих под нарушение Закона, не установлены, то действия адвоката произвольно оцениваются Квалификационной комиссией и коллегией Минюста по своему усмотрению.

Процедурно решение о прекращении действия лицензии в таких случаях принимается коллегиальным органом Министерства юстиции Республики Беларусь на основании заключения Квалификационной комиссии[231].

Можно утверждать, что, по сути, данная процедура, фактически, дублирует собой дисциплинарное производство в отношении адвоката. При этом проводится не независимым органом, а органом исполнительной власти.

Более того, порядок вынесения заключения Квалификационной комиссией и принятия решения коллегией Министерства юстиции о прекращении действия адвокатской лицензии белорусским законодательством не регламентирован. Требования об обязательном участии в разбирательстве адвоката, в отношении которого решается вопрос о прекращении действия лицензии, Законом не установлено. В силу его нормативной нерегламентированности, на практике этот процесс происходит, как правило, без участия заинтересованных адвокатов, которые лишены возможности представлять свои объяснения, защищаться.

Отсутствие в законодательстве требования пропорциональности наказания в виде прекращения действия лицензии тяжести и последствиям совершенного проступка, учета деловых и моральных качеств адвоката, на практике приводит к тому, что лишение лицензии следует, например, и в случаях выявления нарушения порядка заполнения документов отчетности адвоката, что само по себе не влияет на качество оказываемой адвокатами юридической помощи.

[231] п.10 Положения о квалификационной комиссии по вопросам адвокатской деятельности в Республике Беларусь, утв. постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 30.11.2010 г. № 105 // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

Кроме того, можно утверждать, что процедура рассмотрения проступка адвоката Квалификационной комиссией применяется произвольно. Не установлено критериев, в каком случае Министр юстиции возбуждает в отношении адвокатов дисциплинарные производства, рассматриваемые Дисциплинарной комиссией, а в каком случае дело адвокатов рассматривает непосредственно лицензирующий орган. Не ясно, каким образом, принимается решение о выборе процедуры. Практика показала, что имеет место избирательный подход в выборе адвокатов, которые прошли процедуру прекращения лицензии Министерством юстиции. Именно таким образом в 2011 году были лишены лицензий 6 адвокатов, профессиональная деятельность которых была связана с защитой фигурантов уголовного дела по событиям 19 декабря 2010 года (в т.ч., 1 адвокат – супруга адвоката, защищавшего бывшего кандидата в Президенты, также в указанный период лишенного адвокатской лицензии). При этом самой коллегией в период 2011 года из нее было исключено 3 адвоката[232].

Таким образом, принятие Правил профессиональной этики адвоката Министерством юстиции, а не самим адвокатским сообществом; а также существование в белорусском законодательстве и использование на практике процедуры, позволяющей органу исполнительной власти рассматривать нарушения адвокатами законодательства об адвокатуре, подменяя собой дисциплинарную процедуру в независимом и беспристрастном дисциплинарном органе, прекращая по данной процедуре доступ адвокатов к профессии, грубо противоречит принципу независимости адвоката, а также п.п. 26, 27, 28, 29 Основных принципов.

Анализ положения дел с реализацией принципа независимости адвокатов в Республике Беларусь показывает, что этот принцип не соблюдается ни в законодательстве, ни в правоприменительной практике государства.

Можно заключить, что в Беларуси допуск к профессии адвоката, повышение адвокатами профессиональной квалификации, свободы осуществления адвокатской деятельности, независимость профессиональных ассоциаций, порядок принятия Правил профессиональной этики адвокатов и привлечения адвокатов к ответственности за нарушения законодательства об адвокатуре не соответствуют международным стандартам.

Вызовы независимости адвокатуры, которые наиболее характерно проявляются в последнее время, подрывают саму сущность профессии адвоката.

В результате предпринятых государством мер по усилению контроля за адвокатурой, адвокаты оказались в условиях, существенно ограничивающих, а иногда и сводящих на нет возможность эффективно защищать права и свободы граждан, вследствие чего гарантия соблюдения права индивидов на справедливый суд поставлена под угрозу.

Представляется, что недавнее реформирование института оказания юридической помощи в Беларуси не решило, а лишь усугубило имеющуюся проблему. Показательно, что ст.1 нового Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь» 2011 года, в отличие от Закона «Об адвокатуре» 1993 года (с изменениями и дополнениями), уже более не содержит указания на то, что адвокатура является

[232] По информации, содержащейся в постановлении Президиума Республиканской коллегии адвокатов от 02.03.2012 года № 04/01 «Об обзоре практики применения дисциплинарных взысканий в коллегиях адвокатов за 2011 год и искоренении негативных тенденций в работе коллегий адвокатов».

независимым правовым институтом, что отражает действительную картину отсутствия независимости института адвокатуры в Беларуси.

IV. Правовой анализ типичных нарушений прав при задержании и аресте, содержании под стражей на основе отчетов международных и национальных НПО, практического опыта адвокатов

Статья 9 Международного пакта о гражданских и политических правах

«1. Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть подвергнут произвольному аресту или содержанию под стражей. Никто не должен быть лишен свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом.

2. Каждому арестованному сообщаются при аресте причины его ареста и в срочном порядке сообщается любое предъявляемое ему обвинение.

3. Каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение. Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом, но освобождение может ставиться в зависимость от представления гарантий явки на суд, явки на судебное разбирательство в любой другой его стадии и, в случае необходимости, явки для исполнения приговора.

4. Каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, принадлежит право на разбирательство его дела в суде, чтобы этот суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно.

5. Каждый, кто был жертвой незаконного ареста или содержания под стражей, имеет право на компенсацию, обладающую исковой силой».

Раздел 1. Регламентация права на свободу и неприкосновенность личности

1. Регламентация в международных актах

Для понимания и построения аргументации при защите права на свободу и личную неприкосновенность необходимо отталкиваться от положений ст.9 МПГПП, ратифицированного Республикой Беларусь в 1973 г. и вступившего для нее в силу в 1976 г. Интерпретацию гарантий изложенных в ст.9 МПГПП можно найти в источниках «мягкого» права таких как, например:

- Минимальные стандартные правила ООН обращения с заключенными, принятые на первом Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, 1955 г.[233];
- Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних («Пекинские правила»), принятые резолюцией 40/43 Генеральной Ассамблеи ООН от 29 ноября 1985 г.[234];
- Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, принятый резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г[235];
- Основные принципы, касающиеся роли юристов, принятые восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями 1990 г.[236];
- Правила ООН, касающиеся защиты несовершеннолетних, лишенных свободы, принятые резолюцией 45/113 Генеральной Ассамблеи ООН от 14 декабря 1990 г.[237];
- Минимальные стандартные правила ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением («Токийские правила»), принятые резолюцией 45/110 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1990 г.[238];
- Декларация о защите всех лиц от насильственных исчезновений, принятая резолюцией 47/133 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1992 г.[239];
- Рекомендация № R (87) 3 Комитета министров государствам-членам относительно Европейских пенитенциарных правил, принятая Комитетом министров Совета Европы 12 февраля 1987 г.[240];

[233] Права человека: международно-правовые документы и практика их применения. В 4 т. Т.1/сост. Е.В. Кузнецова. – Минск: Амалфея. С.566-578
[234] Там же. С.666-688
[235] Там же. С.578-583
[236] Там же. С.475-480
[237] Там же. С.688 698
[238] http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/tokyo_rules.shtml
[239] http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/enforced_disappearances.shtml
[240] [Электронный ресурс]: http://www1.umn.edu/humanrts/russian/euro/RRec(87)3.html

- Рекомендации 13 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам относительно применения меры пресечения в виде заключения под стражу, условий содержания под стражей и гарантий недопустимости злоупотреблений, принятая Комитетом министров Совета Европы 17 сентября 2006 г[241].

Использование указанных стандартов, в том числе и актов Совета Европы, в которых отражаются европейские стандарты и лучшая международная практика, несмотря на то, что Республика Беларусь не является его членом, позволит более полноценно обосновать позицию заявителя перед Комитетом по правам человека, и сделает более убедительной правовую аргументацию при защите права на национальном уровне.

На сегодняшний день КПЧ рассмотрел немало дел, касающихся нарушений ст.9 МПГПП и непосредственно связанных с ней нарушений. Использование прецедентной практики КПЧ, в которой раскрывается содержание различных аспектов права, является ценным источником для аргументации позиции при защите права.

На основании имеющейся практики Комитетом разработаны:

- Замечания общего порядка Комитета по правам человека №8, 1982 г.[242];
- Замечания общего порядка Комитета по правам человека № 32, 2007 г.[243];
- Замечания общего порядка Комитета по правам человека № 7, 1982 г.[244];
- Замечания общего порядка Комитета по правам человека №20, 1992 г.[245];
- Замечания общего порядка Комитета по правам человека №9, 1982 г.[246];
- Замечания общего порядка Комитета по правам человека №21, 1992 г[247].

Схожесть каталогов прав, предусмотренных Пактом и Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, а также восприятие Конституцией Республики

---

[241] Права человека: международно-правовые документы и практика их применения. В 4 т. Т.1/сост. Е.В. Кузнецова. – Минск: Амалфея. С.654-660

[242] General Comment No. 08: Right to liberty and security of persons (Art.9). 30.06.1982. CCPR General Comment No.8. (General Comments) [Электронный ресурс]: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/f4253f9572cd4700c12563ed00483bec?Opendocument

[243] Замечание общего порядка № 32. Статья 14: Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство. CCPR/C/GC/32 23 August 2007. [Электронный ресурс]: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/73/PDF/G0743773.pdf?OpenElement

[244] General Comment No.07: Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Art.7). 30.05.1982. CCPR General Comment No.7. (General Comments). [Электронный ресурс]: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/7e9dbcf014061fa7c12563ed004804fa?Opendocument

[245] General Comment No.20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7). 10.03.1992. CCPR General Comment No.20. (General Comments). [Электронный ресурс]: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument

[246] General Comment No.09: Humane treatment of persons deprived of liberty (Art.10). 30.07.1982. CCPR General Comment No. 9. (General Comments). [Электронный ресурс]: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/a4f543b9dadd08a7c12563ed00487ed8?Opendocument

[247] General Comment No.21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art.10). 10.04.1992. CCPR General Comment No.21. (General Comments). [Электронный ресурс]: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?Opendocument

Беларусь норм и их содержания, изложенных в Конвенции, позволяет использовать толкование права на свободу и личную неприкосновенность, данное ЕСПЧ при рассмотрении конкретных дел, для обоснования доводов о нарушении права, гарантированного Пактом[248].

Статья 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод содержит практически такую же формулировку права на свободу и личную неприкосновенность как и статья 9 МПГПП. Главное отличие – первый параграф ст.5 не только отсылает к национальному законодательству («…в порядке, установленном законом»), но и перечисляет конкретные случаи, когда лишение свободы оправдано с точки зрения Конвенции.

Статья 9 Международного Пакта о гражданских и политических правах начинается с четкого изложения ***презумпции*** права на свободу и настоятельного требования, что любое лишение свободы является исключением из права и должно иметь конкретные на это, ***законные основания*** (ч.1 ст.9 МПГПП). В ней ***запрещается*** любое лишение свободы, которое носит ***произвольный*** характер, и содержится требование, что любое лицо, арестованное или задержанное по подозрению в совершении правонарушения, ***должно незамедлительно предстать перед судьей*** или должностным лицом, уполномоченным осуществлять судебную власть и имеющим право вынести постановление относительно законности задержания (ч.ч.1 и 3 ст.9 МПГПП). Кроме того, необходимость установления бдительного ***контроля*** за любым лишением свободы на протяжении всего периода содержания под стражей встречается и в конкретном требовании о том, что задержанные лица должны быть ***преданы суду в течение разумного срока*** (ч.3 ст.9 МПГПП). В этой статье также содержится норма о судебном контроле законности лишения свободы в течение всего такого периода (ч.4 ст.9 МПГПП).

Презумпция невиновности, сформулированная в части 2 статьи 14 МПГПП конкретно детализирует, каким образом следует относиться к задержанному лицу. В статье 10 МПГПП еще более уточняется это требование. На условия содержания также будет распространяться общее положение о запрещении пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст.7 МПГПП). Кроме того этот инструмент содержит гарантию о честном и справедливом суде, которая требует соответствующих благоприятных условий для подготовки своей защиты и доступа к правовой помощи (п.п.b и d ч.3 ст.14 МПГПП). Это имеет важный смысл для режима задержания. Кроме того нельзя игнорировать тот факт, что режим задержания также должен соответствовать принципу уважения права на семейную жизнь, а также на свободу совести и самовыражения (ст.ст.17, 18, 19 МПГПП). Более того все положения этих статей должны претворяться в жизнь одновременно с запрещением дискриминации (ч.1 ст.2 МПГПП).

---

[248] Василевич Г.А. Возможности реализации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в практике Конституционного суда Республики Беларусь и национальных судов: Выступление на конференции "Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод как важнейший документ в сфере защиты гражданских и политических прав и свобод человека" 13 июня 2002 года, г. Минск // Белорусский журнал Международного права и международных отношений. 2002. №3 [просмотрено 19 апреля 2012]: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=502&Itemid=53

Таким образом, статья 9 МПГПП гарантирует право на свободу и неприкосновенность личности. Она не просто декларирует право не быть подвергнутым произвольному лишению свободы, а включает в себя описание конкретных гарантий для лица, лишенного свободы. В четырех частях этой статьи содержатся условия, при наличии которых лишение свободы может считаться правомерным.

В ч.1 статьи 9 МПГПП сформулировано общее правило о защите права на свободу и неприкосновенность личности. Части 2 и 3 статьи 9 предусматривает ряд минимальных гарантий, которые должны обеспечиваться каждому арестованному. Часть 4 регламентирует условия пересмотра уже примененного лишения свободы, так называемую процедуру «habeas corpus». Каждое из гарантированных прав в частях 2, 3 и 4 ст.9 МПГПП является самостоятельным, и нарушение каждого из них может привести к признанию ареста или задержания незаконным, необоснованным или произвольным.

Комитет сформировал устойчивую правовую практику, согласно которой понятие задержания или ареста, «носящего произвольный характер», нельзя отождествлять с понятием «противозаконный», так как «произвольный» толкуется более широко, включая элементы неуместности, несправедливости, непредсказуемости и ненадлежащего соблюдения норм процессуального права. Это означает, что содержание под стражей должно быть не только законным, но и также разумным, и необходимо в данном конкретном случае и отношении конкретного лица.

Часть 5 этой статьи предусматривает право на компенсацию в случае нарушения любого из прав, гарантированных частями 1-4 статьи 9 МПГПП.

Следует также отметить, что гарантии статьи 9 МПГПП касаются и тех, кто лишен свободы в связи с административным и уголовным преследованием и тех, кто лишен свободы по другим основаниям.

2. Регламентация в Конституции Республики Беларусь

Право каждого человека на свободу и личную неприкосновенность, а также на судебную защиту в случае задержания относятся к общепризнанным принципам и нормам международного права.

Согласно статье 8 Конституции Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства. Статьей 21 Конституции предусматривается, что обеспечение прав и свобод граждан Республики Беларусь является высшей целью государства. Государство гарантирует права и свободы граждан Беларуси, закрепленные в Конституции, законах и предусмотренные международными обязательствами государства.

Статья 25 Конституции Республики Беларусь гарантирует право на свободу и неприкосновенность личности: «Государство обеспечивает свободу, неприкосновенность и достоинство личности». Конституция не просто декларирует право не быть подвергнутым произвольному лишению свободы, но включает в себя описание конкретных гарантий для лица, лишенного свободы. В ней содержатся условия, при наличии которых лишение свободы может считаться правомерным: второе предложение части 1 статьи 25 говорит о том, что вмешательство в данное право может быть только в случаях и порядке,

которые установлены законом; часть 2 этой статьи закрепляет возможность пересмотра уже примененного заключения под стражу, так называемую процедуру «habeas corpus»; статья 26 закрепляет принцип презумпции невиновности, а статья 27 – право не свидетельствовать против себя, членов своей семьи, близких родственников; статья 62 закрепляет право каждого на юридическую помощь для осуществления и защиты прав и свобод, в том числе право пользоваться в любой момент помощью адвокатов. Эта же статья закрепляет, что в случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается за счет государственных средств. Данные гарантии должны обеспечиваться каждому из арестованных. Согласно статье 60 Конституции каждому гарантируется защита его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки. А в случае нарушения прав, свобод, чести и достоинства с целью их защиты граждане в соответствии с законом вправе взыскать в судебном порядке, как имущественный вред, так и материальное возмещение морального вреда.

Каждая из перечисленных гарантий является самостоятельным правом, и нарушение каждого из них может привести к признанию ареста или задержания незаконным, необоснованным или произвольным.

Как видно, в Конституции Республики Беларусь с высокой степенью обобщения закреплены необходимые гарантии защиты права на свободу и неприкосновенность личности, которые являются принципами, с которыми могут быть сверены нормы применяемого национального законодательства. Таким образом, международные стандарты защиты от произвольного задержания на национальном уровне закреплены в самой Конституции и в случае противоречия норм отраслевого законодательства установлена обязанность применять конституционные нормы.

Раздел 2. Правовой анализ и выявление проблем

Прежде чем приступить к исследованию, необходимо ответить на вопрос: *«Должны ли в административном процессе применяться конституционные гарантии защиты права на свободу и неприкосновенность личности в той же мере, что и для уголовного процесса?».*

Анализируя нормы ПИКоАП с очевидностью можно установить, что административный процесс является противостоянием гражданина и государства. Ему присущи так же некоторые признаки уголовного процесса, например, наличие мер обеспечения административного процесса, таких как задержание, привод, личный обыск задержанного и другие; карательный характер санкций, которые по размеру не уступают некоторым санкциям уголовного процесса, например максимальный размер штрафа для гражданина может сравниться с размером штрафа устанавливаемом в уголовном процессе, возможность применения наказания в виде кратковременного лишения свободы на срок до 15 суток, а по совокупности правонарушений до 25 суток и др.

Статья 25 Конституции гарантирует каждому право на свободу и неприкосновенность личности вне зависимости от того происходит это в уголовном или административном процессе. Поэтому ***конституционные гарантии обеспечения прав и свобод личности должны обеспечиваться государством в административном процессе не меньше, чем в уголовном.***

Это с очевидностью вытекает из заключения Конституционного Суда Республики Беларусь от 19 июня 1998 года №3-66/98, в котором рассматривался вопрос обеспечения конституционных гарантий на судебную защиту при административном задержании, в котором Конституционный Суд сказал, что право каждого человека на свободу и личную неприкосновенность, а также на судебную защиту в случае задержания относятся к общепризнанным принципам и нормам международного права. Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства.

Это также подтверждено практикой Комитета по правам человека, который в делах «Вуоланне против Финляндии», «Марио И. Торрес против Финляндии» указал, что гарантии статьи 9 Пакта распространяются и на случаи административного лишения свободы, задержания. Так «в деле Вуоланне против Финляндии Комитет подтвердил, что формулировка "арест или содержание под стражей" из пункта 4 статьи 9 включает также административное задержание, поэтому судебный надзор необходимо осуществлять над любыми случаями административного лишения свободы. Автор был подвергнут 10-дневному военному аресту с применением дисциплинарной процедуры, в которой предусматривался надзор со стороны вышестоящего военного командира, но не со стороны суда. Подобным образом было установлено нарушение пункта 4 статьи 9 в деле Марио И. Торрес против Финляндии (Сообщение № 291/1988), так как в соответствии с Законом об иностранцах судебный надзор не предусматривался в течение первой недели административного содержания под стражей, а обеспечивался только после распоряжения министра о продлении срока содержания под стражей. В этом деле также рассматривалось требование из пункта 4 о том, что постановление суда должно выноситься

"безотлагательно". По мнению Комитета, трехмесячный срок был "в принципе слишком продолжительным"[249].

До начала исследования следует определиться со значением терминов «арест», «задержание» и «лишение свободы».

В статье 9 МГППП и статье 5 ЕКПЧ наряду с понятием «ареста» используется термин «задержание». При анализе этих норм прежде всего необходимо внести терминологическую ясность, что имеет не только важнейшее теоретическое, но и не менее серьезное практическое значение. Понимание этих терминов в английском и русском языках разнится «с точностью до наоборот». Слово «arrest» в английском языке означает первичное задержание и ограничение свободы передвижения индивидуума, то есть то, что в русском языке обозначает понятие «задержание». Слово же «detention» традиционно переводится на русский язык как «задержание», тогда как на самом деле означает досудебное содержание под стражей, то есть то, что является «арестом» согласно белорусскому законодательству. Непонимание этой разницы произвольно сужает круг лиц, на которых распространяются эти важнейшие гарантии. Поэтому, представляется наиболее правильным, исходить из того, что все гарантии, предусмотренные статьей 9 МПГПП, распространяются на всех лиц, которые лишены свободы. Понятие «лишение свободы» более широкое, нежели заключение лиц под стражу. Это означает, что лишением свободы для КПЧ будет являться не только задержание, арест, но и такое действие, которое по национальному праву как так не квалифицируется, например, «вызов на разговор» в прокуратуру или к следователю, которые никак процессуально не оформляются, но в результате которого человек фактически оказывается заперт в кабинете следователя, т.е. лишением свободы будет любое удержание лица где бы то ни было против его воли.

1. Гарантии при лишении свободы

Лишение свободы будет отвечать требованиям законности, если соблюдена процедура, установленная национальным законом и имеются достаточные основания для лишения свободы.

Законность включает в себя следующие необходимые элементы:

Соблюдение процедуры, предусмотренной национальным законом. При этом данная процедура должна соответствовать международным стандартам. К тому же должны быть обеспечены основные и дополнительные меры предосторожности:

— незамедлительное информирование лица о правах и основаниях его задержания,

— незамедлительное предъявление обвинений;

— короткий период, в течение которого лицо должно предстать перед судом;

— статус и судебные полномочия лица, применяющего арест;

[249] Прецедентные правила Комитета по правам человека - Свобода и безопасность [просмотрено 9.10.2011 г.]: < http://www1.umn.edu/humanrts/russian/hrtsbook/Rhrcases-freedomsecurity.html >

— обеспечения права на судебную проверку законности лишения свободы (habeas corpus);

— обеспечение защиты;

— соблюдение права на оповещение других лиц;

— добросовестное ведение всей необходимой документации.

Обоснованность применения этой меры применительно к данному лицу и при данных обстоятельствах, которая включает в себя следующие элементы:

— необходимость,

— разумность,

— целесообразность.

2. Обоснованность лишения свободы

КПЧ проверяет, использовало ли государство полномочие на вмешательство в личную свободу добросовестно, разумно. Оценивает вмешательство в свете дела в целом, чтобы определить, было ли оно соразмерно преследуемой законной цели, и являются ли мотивы, на которые ссылаются национальные органы власти достаточными для оправдания вмешательства, относящимися к делу.

Целый ряд инструментов требует необходимости «обоснования» любого лишения свободы. Инструменты общего характера требуют, чтобы никакое лишение свободы не было произвольным, и устанавливают ограничения на те случаи, когда применение предварительного заключения является правомерным:

1) в частности, это должно быть обязательно увязано с конкретными обстоятельствами, в которых находится задержанное лицо. Необходимость такой увязки четко сформулирована в требовании о достаточной степени подозрения об участии данного лица в правонарушении (п.с ч.1 ст.5 ЕКПЧ).

2) кроме того, должно быть, очевидно, что альтернативные задержанию меры в конкретном случае не являются надлежащими средствами защиты интересов уголовного правосудия.

Поскольку международные стандарты устанавливают презумпцию свободы (ч.1 ст.9 МПГПП), в связи с этим каждый имеет право на защиту, т.е. право не быть лишенным свободы, за исключением указанных случаев и, если он арестован или заключен под стражу, право пользоваться различными гарантиями в той мере, в какой они принимаются во внимание. Презумпция свободы подчеркивается императивным требованием как статьи 9 МПГПП так и статьи 5 ЕКПЧ - обеспечивать, чтобы свобода не была потеряна на более долгий срок, чем это абсолютно необходимо, и чтобы ее было возможно сразу восстановить в случаях, когда ее потеря необоснованна[250].

[250] Маковей М., Разумов С.А. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья

По делу Илийков против Болгарии ЕСПЧ сказал: «Любая система обязательного предварительного заключения под стражу сама по себе несовместима со ст.5 §3 Конвенции… Когда внутреннее законодательство предусматривает презумпцию в отношении факторов, имеющих значение для продления срока содержания под стражей… наличие конкретных факторов, перевешивающих правило уважения личной свободы, должно быть, тем не менее, убедительно продемонстрировано. Кроме того, Суд убежден, что обязанность установления таких факторов лежала на правительстве. Возложение бремени доказывания в таких вопросах на заключенного равнозначно отмене действия статьи 5 Конвенции – нормы, которая делает заключение под стражу исключительным отклонением от принципа личной свободы, которое позволительно лишь в исчерпывающе перечисленных и строго определенных случаях»[251].

В Республике Беларусь периодически практикуется выполнение негласных указаний высоких должностных лиц об обязательном заключении под стражу подозреваемых в совершении преступления без учета характера совершенного преступления, характеристики личности, наличия признательных показаний и других обстоятельств, которые подлежат учету при решении данного вопроса, с целью облегчить труд следователя или с профилактической целью «почувствовать, что такое изоляция от общества», что недопустимо и однозначно является нарушением права на свободу и неприкосновенность личности.

2.1. Обоснованное подозрение

Первоначальное лишение свободы в связи с совершением правонарушения должно базироваться на обоснованном подозрении, что преступление было совершено причастным к этому лицом. Это требование не теряет своего действия на протяжении любого периода предварительного заключения, и как только полученные доказательства свидетельствуют о том, что подозрение более не подтверждается, должно наступать освобождение. Любое задержание не может базироваться на чувствах, инстинктах, ассоциациях или предубеждениях (этнических, религиозных или других). Подозрение будет обоснованным только в том случае, когда оно основано на фактах или информации, объективно увязывающей конкретное лицо с правонарушением. Таким образом, должны быть доказательства относительно действий, которые непосредственно указывают на причастность соответствующего лица к правонарушению. Этому также могут быть документальные доказательства или свидетельства судебной экспертизы. Обоснованность подозрения может, конечно, постепенно уменьшаться благодаря объяснениям, которые представляются в отношении отдельных действий, или в результате появления новых доказательств. К этому моменту лишение свободы перестает быть законным, поскольку суждение о допустимости предварительного заключения делается на основании доказательств, имеющихся на соответствующий момент времени.

Термин обоснованное подозрение был подвергнут анализу ЕСПЧ в деле Фокс, Кэмпбелл и Хартли против Великобритании, где это было определено следующим образом:

---

5. Право на свободу и личную неприкосновенность. Прецеденты и комментарии. - М. 2002 г. С.7

[251] Илийков против Болгарии, решение ЕСПЧ от 26 июля 2001 г., пп. 84-85
(Case of Ilijkov v. Bulgaria. Application no. 33977/96. Judgment 26 July 2001):
http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Ilijkov%20%7C%20v.%20%7C%20Bulgaria&sessionid=97140716&skin=hudoc-en

наличие «обоснованного подозрения» предполагает существование фактов или информации, которая, на взгляд объективного наблюдателя, свидетельствовала бы о том, что данное лицо могло совершить расследуемое преступление. То, что может быть признано в качестве «обоснованного подозрения», зависит от всех обстоятельств и должно быть оценено на основе фактов, известных на момент ареста, а не впоследствии. На этой стадии не требуется доказательств, что преступление было совершено. Также не требуется доказывать, что если факт преступления имел место, то в его совершении виновно данное лицо. Основным критерием «обоснованности подозрения» будет служить «добросовестность подозрения», однако надо понимать, что недостаточно просто искренней уверенности и внутреннего убеждения лица, проводящего предварительное расследование, — должны существовать объективные основания, оправдывающие задержание и арест[252].

2.2. Фактическая необходимость лишения свободы

Когда существует обоснованное подозрение, следует также тщательно рассмотреть фактическую необходимость в лишении свободы, потому что такая мера может не соответствовать совершенному преступлению или же потребности уголовного правосудия можно удовлетворить, не прибегая к такой мере.

Вопрос о лишении свободы следует особенно внимательно изучать во время осуществления первоначального надзора над предварительным заключением, хотя этот вопрос является одинаково важным и на самом начальном этапе. Неоправданное лишение свободы рассматривается в таком случае как произвольная мера, которая не отвечает международным стандартам.

Лицо, обвиненное в правонарушении, должно всегда освобождаться до суда, кроме случаев, когда государство может предъявить «соответствующие и достаточные» основания в оправдание продленного содержания под стражей (см. в качестве классической ссылки дело Вемхофф против Германии, судебное решение от 27 июня 1968 г.; дело Ягчи и Саргин против Турции, судебное решение от 8 июня 1995 года).

Прецедентное право Конвенции разработало 4 базовых приемлемых основания в отказе в освобождении под подписку о невыезде: риск, что лицо, которому предъявлено обвинение, не появится на суде; риск, что лицо, которому предъявлено обвинение, в случае освобождения предпримет действия, чтобы помешать отправлению правосудия, либо совершит дальнейшие правонарушения или нарушит общественный порядок[253].

Опасность возможности скрыться от правосудия не может определяться исключительно суровостью возможного приговора; она должна оцениваться относительно

---

[252] Фокс, Кэмпбелл и Хартли против Великобритании, решение ЕСПЧ от 30.08.1990 г.
(Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom. Application no. 12244/86; 12245/86; 12383/86. Judgment 30 August 1990):
http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Fox%2C%20%7C%20Campbell%2C%20%7C%20Hartley&sessionid=97140716&skin=hudoc-en

[253] Смирнов против России, решение ЕСПЧ от 24 июля 2003 г., п. 58-59.
(Case of Smirnov v. Russia. Applications nos. 46133/99 and 48183/99. Judgment 24 July 2003):
http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=46133/99&sessionid=97140716&skin=hudoc-en

других соответствующих факторов, которые могут либо подтвердить наличие опасности скрыться от правосудия, либо сделать ее столь незначительной, что она не сможет оправдать досудебное содержание под стражей.

Продление содержания под стражей может быть оправдано в данном случае, только если имеются конкретные признаки того, что это действительно требуется общественными интересами, которые, несмотря на презумпцию невиновности, перевешивают право уважения личной свободы»[254].

В своих соображениях по сообщению Сманцер против Беларуси КПЧ подтвердил свою практику, «в соответствии с которой содержание под стражей до суда должно оставаться исключением и что освобождение на поруки должно предоставляться за исключением тех ситуаций, когда существует вероятность того, что обвиняемый может скрыться от правосудия или фальсифицировать доказательства, оказать влияние на свидетелей или скрыться за пределы юрисдикции государства-участника. Государство-участник утверждало, что автор был обвинен в совершении особо тяжкого преступления и что существовало опасение, что он может помешать проведению расследования и скрыться от правосудия в случае освобождения под залог. Однако оно не представило никакой информации о том, на каких конкретных элементах было основано это опасение и почему данный вопрос не мог быть решен посредством определения соответствующей величины залога и других условий освобождения. *Простое предположение* государства-участника, в соответствии с которым автор мог бы помешать проведению расследований или скрыться от правосудия в случае освобождения под залог, *не оправдывает исключения из правила*, закрепленного в пункте 3 статьи 9 Пакта. В этих обстоятельствах Комитет приходит к выводу о том, что право автора по пункту 3 статьи 9 было нарушено»[255].

При определении законности содержания под стражей особое внимание обращается на цель задержания. Так, например, в деле Бозано против Франции Суд установил, что целью, которую государственные органы преследовали при задержании заявителя, было не предотвращение его депортации, а, по сути, скрытая форма экстрадиции: «… Суд … приходит к выводу, что лишение заявителя свободы … не являлось ни «законным» в соответствии со статьей 5 § 1 (f), ни совместимым с «правом на безопасность личности». Лишение г-на Бозано таким образом права на свободу являлось в действительности скрытой формой экстрадиции, целью которой было обойти отрицательное решение, вынесенное национальным судом, а не «заключением», необходимым при нормальном выполнении «действий… с целью депортации»»[256].

Согласно статье 8.2 ПИКоАП административное задержание может быть применено только к лицу, в отношении которого ведется административный процесс. Обычно устанавливаемый срок административного задержания не может превышать трех часов и

---

[254] Смирнов против России, решение ЕСПЧ от 24 июля 2003 г., п. 60-61.

[255] Сманцер против Беларуси, соображения КПЧ от 23.10.2008 г., п.10.3.
(Smantser v. Belarus. Communication No. 1178/2003. Views 23 October 2008. CCPR/C/94/D/1178/2003):
http://www.bayefsky.com/docs.php/area/jurisprudence/treaty/ccpr/opt/0/state/16/node/4/filename/belarus_t5_iccpr_1178_2003

[256] Бозано против Франции, решение ЕСПЧ от 18 декабря 1986 г., п.60.
(Bozano v. France. Application no. 9990/82. Judgement 18 December 1986):
http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Bozano%20%7C%20v.%20%7C%20France&sessionid=67995994&skin=hudoc-en

исчисляется с момента фактического задержания (п.п.1,3 ст.8.4 ПИКоАП), должен использоваться исключительно для целей административного процесса, указанных в п.2 ст.8.2 ПИКоАП: пресечения противоправной деятельности; составления протокола об административном правонарушении, если составление его на месте выявления (совершения) административного правонарушения не представляется возможным; установления личности; обеспечения участия при рассмотрении дела об административном правонарушении; пресечения сокрытия или уничтожения доказательств; обеспечения исполнения административного взыскания в виде административного ареста или депортации.

В п.2 ст.8.4 ПИКоАП установлены некоторые исключения, в случае которых может быть произведено задержание свыше трех часов. Данные формулировки положений закона (до вытрезвления, до передачи …, до установления личности) позволяют должностным лицам государства использовать широкую свободу усмотрения в решении вопроса. К тому же не следует забывать, что практика свидетельствует, что в административном процессе в РБ личность находится в наименьшей защищенности от произвола, чем в уголовном, а сроки задержания одинаковы.

Обращаясь к ситуации 19 декабря 2010 года, когда правоохранительными органами производилось массовое задержание мирных граждан, пришедших на площадь выразить свой протест, и которые без какого-либо предварительного разбирательства препровождались в подготовленный автотранспорт, где удерживались более 3-х часов в условиях, граничащих с жестоким, бесчеловечным и унижающим человеческое достоинство обращением, правомерность такого вмешательства в право на свободу и личную неприкосновенность вызывает большие сомнения с точки зрения минимальной необходимости для достижения законной цели и обеспечения минимальных гарантий от произвола при лишении свободы, а также обоснованности задержания. Тоже самое касается действий правоохранительных органов, проводящих задержание оппозиционных активистов накануне «запланированных» (когда действующий режим отказывает в санкции на проведение в эти дни каких-либо мероприятий: например 25 марта, 27 июля, 8 сентября и др., но известно, что в эти дни оппозиционные активисты не могут не выразить свой протест действующей власти по поводу значимости этих исторических дат) мирных акций и, удерживаемых в пределах сроков административного задержания без каких-либо законных оснований, преследуя цель воспрепятствовать участию в таких акциях и исключению возможности высказать свое мнение публично.

Ситуация, похожая на события 19 декабря 2010 года, имела место в Молдове. Тогда в связи с протестами в период после выборов в Молдове в апреле 2009 года было арестовано и задержано 200 человек, в частности, по обвинению в массовых беспорядках. По данному факту правительство согласилось, что имело место нарушение права на свободу и личную неприкосновенность в соответствии со статьей 5 ЕКПЧ[257].

Как уже говорилось выше, основаниями для задержания могут служить только причины указанные в законе. Но ч.1-1 ст.108 УПК содержит положение, позволяющее производить задержание в отсутствие установленных законом оснований, при наличии достаточных оснований полагать, что лицо, подозреваемое в совершении преступления,

[257] Жалоба Раду Попа против Молдовы n. 29837/09 в ЕСПЧ.

может скрыться от органа уголовного преследования, и при наличии письменного согласования решения о его задержании с Генеральным прокурором Республики Беларусь, Министром внутренних дел Республики Беларусь, Председателем Комитета государственной безопасности Республики Беларусь, заместителем Председателя Комитета государственного контроля Республики Беларусь - директором Департамента финансовых расследований, действующими в пределах своей компетенции. Отсутствие ограничительного списка оснований в данном случае ставит под сомнение закон на предмет соответствия его качества параметрам предсказуемости и исчерпанности. Такое широкое усмотрение для указанных должностных лиц в решении вопроса о возможности задержания, при отсутствии указанных в законе оснований вряд ли может быть признано соответствующим международным стандартам.

На практике довольно часто продолжают встречаться случаи, когда при первоначальном лишении свободы обоснованность подозрения вызывает большие сомнения, но, тем не менее, должностное лицо принимает решение в пользу вмешательства в свободу личности, при принятии решения о задержании вопросы фактической необходимости и целесообразности ставятся на последнее место или вовсе не рассматриваются.

В системе уголовного правосудия лишение свободы является той мерой, какую обычно применяют должностные лица правоохранительных органов, наделенные соответствующими полномочиями в соответствии с законом и целями, установленными в нем. Эти лица, как правило, имеют и проходят специальную подготовку. Государство, признавшее обязательность требований МПГПП, взяло на себя обязательства по обеспечению такой подготовки.

Когда лицо задерживается должностными лицами с целью предотвращения совершения им правонарушения или чтобы помешать скрыться после его совершения, задержание, произведенное по этому основанию, всегда подлежит внимательному изучению на предмет действительного наличия фактов, обусловивших данное задержание. Это право означает не более, чем средство предотвращения конкретного преступления[258]. Это основание не дает права пользоваться задержанием для того, чтобы просто облегчить работу следственным органам, что достаточно часто встречается на практике. Также это не есть разрешение применения мер общего предотвращения (превентивных мер), направленных против одного человека или категории людей, просто на основании того, что он или они имеют склонность совершать правонарушения, преступления. Например, задержание оппозиционных активистов накануне 19 декабря, или 25 марта и др. опасаясь того, что они выйдут для проведения несанкционированного мирного собрания.

Согласно УПК Республики Беларусь орган предварительного следствия в течение трех часов с момента доставления подозреваемого в орган уголовного преследования может принять решение о задержании, о чем выносится постановление (ч.2 ст.110 УПК). На практике очень часто встречается ситуация, когда при принятии решения о задержании в соответствии с ч.2 ст.110 УПК не учитывается время фактического задержания, произведенного другим должностным лицом и при оформлении необходимых документов

[258] Гуззарди против Италии, решение ЕСПЧ от 6 ноября 1980 г., п. 102.
(Case of Guzzardi v.Iitaly. Application no. 7367/76. Judgment 6 November 1980):
http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Guzzardi%20%7C%20v.%20%7C%20Italy&sessionid=67995994&skin=hudoc-en

время задержания указывается с момента доставления, а не с момента фактического задержания, как требует ч.1 этой же статьи, что может приводить к нарушению ст.9 МПГПП.

Согласно требованиям УПК решение о задержании может принять не только должностное лицо-дознаватель, следователь или прокурор (п.3 ст.107 УПК), но и любой гражданин: ст.109 УПК допускает «захват лица, совершившего преступление». Данное положение не согласуется с требованиями международных стандартов, так как принятие решения о первоначальном задержании принадлежит только перечисленным в законе должностным лицам, имеющим определенные полномочия для задержания, прошедшими специальную подготовку, и является ограниченной мерой предосторожности от произвольного задержания. Обычный гражданин не обладает специальными навыками и необходимыми знаниями, необходимыми для принятия такого важного решения как вмешательство в право на свободу и неприкосновенность личности.

3. Соблюдение процедуры

Для того чтобы задержание соответствовало международным стандартам оно должно быть осуществлено в соответствии с процедурой, предусмотренной национальным законом. И любое нарушение национального закона в отношении предварительного заключения, таким образом, автоматически нарушает международные стандарты. В свою очередь, внутренний закон должен соответствовать международным стандартам, включая общие принципы, выраженные и подразумеваемые в них, должен соответствовать целям статьи 9 МПГПП, т.е. защищать человека от произвола властей. Иными словами, если национальным законом предусмотрено то, что не укладывается в понимание «законного» с точки зрения основных принципов Пакта, то такой арест нельзя считать законным, даже если он не содержит никаких нарушений согласно внутреннему законодательству. Поэтому КПЧ должен убедиться, соответствуют ли сами внутригосударственные законы МПГПП, в том числе выраженным или подразумеваемым в нём общим принципам.

В прецедентной практике ЕСПЧ раскрывается понятие «закона». Для признания определенного нормативного акта «**законом**» необходимо, чтобы он соответствовал требованиям **качества (четкости), был доступным и предсказуемым**. «Суд всегда придерживался мнения, что словосочетание «по закону» не просто отсылает к национальному законодательству, но и связано с требованием качества «закона», т. е. требованием соблюдения принципа «верховенства права»… Норма права является «предсказуемой», если она сформулирована с достаточной четкостью, позволяющей каждому лицу - в случае необходимости с помощью соответствующей консультации - регулировать свое поведение». А качественный закон также «... должен с достаточной четкостью определять границы такой дискреции, предоставленной компетентным органам, и порядок ее осуществления, с учетом законной цели данного мероприятия, чтобы обеспечить лицу надежную защиту от произвольного вмешательства»[259].

[259] Волохи против Украины, решение ЕСПЧ от 2 ноября 2006 г., п.49.
(Case of Volokhy v. Ukraine. Application no. 23543/02. Judgment 2 November 2006):
http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=23543/02&sessionid=67995994&skin=hudoc-en

ПИКоАП Республики Беларусь и УПК Республики Беларусь устанавливают четкие пределы вмешательства государства в право на свободу и неприкосновенность личности. В то же время, *пределы такого вмешательства не могут быть бесконечны и должны быть поставлены в жесткие рамки*. Условия ограничений установлены в статье 23 Конституции Республики Беларусь: «Ограничение прав и свобод личности допускается только в случаях, предусмотренных законом, в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц». Следовательно, при допущении вмешательства в право, ограничения, установленные ПИКоАП и УПК, должны рассматриваться в совокупности с требованиями статьи 23 Конституции. Эта статья устанавливает ограничения по отношению ко всем правам и свободам личности. Данный подход к установлению критериев и пределов вмешательства разнится с установленным в МПГПП и ЕКПЧ, так как эти документы устанавливают в отношении каждого права и свободы, указанных в них, а применительно к некоторым - не устанавливают никаких ограничений, из чего следует вывод, что такие права и свободы не могут быть ограничены ни при каких условиях (запрет пыток, а так же некоторые процессуальные гарантии, например принцип презумпции невиновности).

В конституционных нормах определены два общих условия, при которых ограничение прав и свобод личности применительно к конкретной ситуации предполагается возможным:

1) такие ограничения установлены законом (при этом закон должен соответствовать требованиям доступности, ясности для каждого; предсказуемости, то есть, чтобы каждый индивид мог соотнести свои действия с этим законом и предвидеть последствия таких действий; а так же достаточности, т.е. полноты, исчерпанности урегулирования указанных в нем ограничений);

2) такие ограничения преследуют только общественноценную и полезную цель, которая формулируется как интересы национальной безопасности, общественного порядка, здоровья и нравственности населения или прав и свобод других лиц.

Еще одно необходимое условие при ограничении права, которое должно использоваться в совокупности с двумя приведенными выше, выработано практикой КПЧ и ЕСПЧ:

3) такие ограничения необходимы в демократическом обществе, что означает обязательность существования очевидной связи между указанными целями и действиями по ограничению прав, и что такие ограничения должны быть минимальными для достижения соответствующей цели.

3.1. Разъяснение прав

Любому лицу в момент ареста и в начале задержания, или заключения, или вскоре после этого органом, ответственным за арест, задержание или заключение, соответственно, доводятся до сведения и разъясняются его права и как оно может

осуществить эти права[260].

Общие положения ПИКоАП (п.2 ст.2.8) предусматривают обязанность разъяснения физическому лицу, в отношении которого ведется административный процесс, предоставленных ему прав и принятии мер к тому, чтобы оно имело фактическую возможность использовать все установленные настоящим Кодексом средства и способы для своей защиты. Здесь ничего не сказано о срочности разъяснения прав для задержанных. В п.4 ст.8.2 ПИКоАП предусматривает только для иностранных граждан или лиц без гражданства право быть информированными без промедления о своих правах.

В ПИКоАП не содержится норм указывающих на незамедлительность разъяснения прав и причин задержания, а так же о сообщении без промедления о любом предъявляемом обвинении. Данные положения предоставляют широкую свободу усмотрения недобросовестным должностным лицам в вопросе о том, когда разъяснять принадлежащие права и предъявлять обвинения, что оказывает негативное влияние на возможности защиты своих прав задержанным.

Нарушение положений о незамедлительности разъяснения прав в Беларуси часто происходит при массовом задержании оппозиционных активистов, когда они помещаются в автомобили или автобусы и продолжительное время вынуждены там находиться без соблюдения всех необходимых требований по обеспечению прав задержанных.

Ст.110 УПК говорит об обязанности должностного лица, осуществившего задержание, о немедленном после доставления задержанного в орган уголовного преследования, разъяснении задержанному принадлежащих ему прав. Как видно, разъяснение прав не связано с моментом фактического задержания. Порой до доставления задержанного проходит много времени и пребывание в состоянии неведения своих прав может отрицательно сказаться на дальнейшем положении задержанного. В тоже время, ст.41 УПК предусматривает немедленное после задержания или объявления постановления о применении меры пресечения письменное уведомление о правах. Исходя из положений ст.107 УПК, задержание состоит в фактическом задержании лица, доставлении его в орган уголовного преследования и в кратковременном содержании под стражей в местах и условиях, определенных законом. Поэтому, связывание момента необходимости разъяснения прав с моментом фактического задержания и отражение этого положения при обосновании нарушения права на свободу и личную неприкосновенность имеет важное значение.

Положения УПК не содержат обязанности должностного лица о необходимости разъяснения порядка, каким образом задержанный может осуществить эти права. Незнание задержанным процедуры, отсутствие жизненного опыта и другие причины могут привести к невозможности пользования предоставленным правом.

В качестве наиболее типичных нарушений гарантий части 2 статьи 9 МПГПП и статьи 5 ЕКПЧ в совокупности с правами, гарантированными статьей 14 МПГПП и статьей 6 ЕКПЧ, можно привести примеры, когда задержанного допрашивали в качестве свидетеля

---

[260] Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, принцип 13. Принят Резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года [Электронный ресурс]: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/detent.shtml

по изобличающим его обстоятельствам. В реальной практике имеют место случаи, когда вместо сообщения об обвинении или подозрении лицо вводится в заблуждение по поводу его реального процессуального статуса, и, пребывая в таком заблуждении, задержанный человек дает показания, которые впоследствии могут быть использованы против него.

В практике нередки случаи, когда задержанному, находящемуся в состоянии растерянности, не разъясняя права, формально предлагали подписать протокол допроса подозреваемого, но по существу не разъясняли в доступной форме, в чем именно он подозревается, и какие улики предъявляются против него, или когда задержанного прямо вводили в заблуждение, убеждая, что против него нет никаких обвинений, что адвокат ему не нужен, что с ним проводится свободная беседа, с целью установить «истину по делу».

Неисполнение недобросовестными следователями своих обязанностей по сообщению задержанному его реального процессуального положения в качестве подозреваемого и разъяснения ему права не свидетельствовать против себя и желание добиться для следствия благоприятных условий для получения доказательств за счет ущемления прав задержанных, является распространенной практикой. Необходимо отметить, что даже разъяснение вышеуказанных прав не обеспечивает всю полноту гарантий прав задержанного и арестованного. Задержанный должен быть прямо осведомлен о том, что он вправе хранить молчание, и что его отказ отвечать на вопросы не может быть использован против него, а тем более использоваться как доказательство его вины.

3.2. Незамедлительное предъявление обвинений

Принцип 10 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, устанавливает, что каждому арестованному сообщаются при аресте причины его ареста и без промедления сообщается любое предъявленное ему обвинение[261]. КПЧ пояснил что, «право быть «в срочном порядке» уведомлённым о предъявляемом обвинении требует, чтобы информация предоставлялась вышеуказанным образом сразу, как только выдвигается обвинение компетентными властями. По мнению КПЧ, это право должно возникнуть в случае, когда в ходе расследования суд или сторона обвинения решает прибегнуть к процедурным мерам против лица, подозреваемого в совершении преступления, или публично объявляет его таковым. Конкретные требования подпункта 3 а) могут быть выполнены путём предъявления в устной или письменной форме обвинения при условии, что при этом будут указываться законы и предполагаемые факты, на которых оно основывается»[262]. При обосновании нарушения по ст.9 МПГПП следует внимательно исследовать вопрос о том, как скоро после задержания были выдвинуты обвинения.

Согласно УПК, в случае применения в отношении задержанного меры пресечения обвинение ему должно быть предъявлено не позднее десяти суток с момента фактического задержания, а в отношении лиц, которые могут быть задержаны на срок до 10 суток, - не

---

[261] Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, принцип 10. Принят Резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года [Электронный ресурс]:
http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/detent.shtml
[262] Замечания общего порядка №13. 1984 г., п.8 [Электронный ресурс]:
http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/bb722416a295f264c12563ed0049dfbd?Opendocument

позднее двадцати суток с момента фактического задержания. Содержание лица под стражей без предъявления обвинения до 10 суток, а в некоторых случаях – до 20 суток вряд ли может быть признано соответствующим гарантиям, предусмотренным статьёй 9 Пакта о сообщении в срочном порядке всех предъявленных ему обвинений.

Международные стандарты требуют сообщения без промедления любого предъявленного обвинения. Понятно, что в каждом конкретном случае этот вопрос будет зависеть от фактических обстоятельств дела. Возможно, в некоторых исключительных чрезвычайно сложных случаях понадобится несколько дней, чтобы подготовить обвинение, но предъявление обвинения через двадцать дней и даже десять дней вряд ли можно будет оправдать как «сообщение без промедления».

На практике, если даже орган предварительного следствия и будет иметь возможность предъявить обвинение ранее 10 дневного срока, то зачастую это не делается, а выжидается 10 дней. Такое положение дел нарушает принцип незамедлительности предъявления обвинений.

3.3. Право на оповещение других лиц

Вскоре после ареста и после каждого перевода из одного места задержания или заключения в другое задержанное или находящееся в заключении лицо имеет право обратиться в компетентный орган с просьбой уведомить членов его семьи или других соответствующих лиц по его выбору о его аресте, задержании пли заключении или же о переводе и о месте, в котором оно содержится. […] Если задержанное или находящееся в заключении лицо является несовершеннолетним или не способно осознать свои права, то […] уведомление является обязанностью. […] Уведомление должно отправляться или разрешаться без промедления. Компетентный орган может, однако, отсрочить уведомление на разумный период, если того требуют исключительные обстоятельства расследования[263].

Одной из важных дополнительных мер предосторожности является право на поддержание контактов с лицами, находящимися за пределами мест задержания.

ПИКоАП устанавливает, что по просьбе физического лица, задержанного за совершение административного правонарушения, о месте его нахождения в течение трех часов уведомляются совершеннолетние члены его семьи, близкие родственники, защитник, наниматель, с которым задержанный состоит в трудовых отношениях, администрация учреждения образования, учащимся или студентом которого он является. О задержании несовершеннолетнего уведомление родителей или лиц, их заменяющих, обязательно. Очень часто на практике встречаются случаи, когда задержанный не имеет указанных для оповещения лиц в вышеперечисленном списке, но есть другое лицо, имеющее законный интерес знать о судьбе задержанного лица и, в этом случае, орган, ведущий административный процесс, уведомляет его.

---

[263] Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, принцип 16. Принят Резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года [Электронный ресурс]: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/detent.shtml

Надо отметить, что закрепленное право может быть реализовано задержанным лицом только опосредовано. Уведомление происходит по просьбе задержанного за совершение административного правонарушения лица. Для того, чтобы такая просьба последовала, необходимо, чтобы задержанный был проинформирован о своих правах на уведомление родственников. Однако в содержащемся в ст.4.1 ПИКоАП РК перечне прав лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, права на уведомление родственников нет. Таким образом, даже если представитель органа, осуществившего задержание, при составлении административного протокола о правонарушении проинформирует задержанного о его правах, он не обязан информировать его о «праве на уведомление». То есть задержанный может об уведомлении своих родственников и не попросить, поскольку не знает об этом праве, что случается на практике.

Согласно УПК о задержании уведомляет или должностное лицо, осуществившее задержание, или самому задержанному предоставляется такое право. Уведомление производится в течении 12 часов с момента фактического задержания. О применении меры пресечения в виде заключения под стражу этих же лиц информирует орган уголовного преследования или суд, применившие ее. Круг лиц, которых можно уведомить - совершеннолетние члены его семьи или близкие родственники (ч.1 ст.115) - на практике оказывается настолько узким, что одинокий человек или не имеющий указанных лиц рискует остаться вообще без связи с внешним миром и тем самым лишается своего права на уведомление вообще, что не допустимо. В УПК не отражено право уведомления о месте содержания и переводе, что в практике часто приводит к тому, что связь с внешним миром на время прерывается, что может отрицательно сказаться на интересах лишенного свободы.

События 19 декабря 2010 года, а так же иные акции протестов, которые были «разогнаны» или «сорваны» правоохранительными органами, а также случаи превентивного административного задержания представителей оппозиции показали, что очень часто имеет место нарушение права задержанного на оповещение других лиц. Поэтому при аргументации жалобы по ст.9 МПГПП также следует обращать внимание на наличие таких фактов.

3.4. Habeas corpus

Использование должностными лицами полномочий по задержанию признается всеми международными стандартами лишь как ограниченные меры предосторожности против злоупотреблений, поэтому в стандартах содержится настоятельное требование о том, что первоначальное лишение свободы подлежит немедленному надзору со стороны судьи или другого должностного лица, которое уполномочено применять судебную власть. Это требование должно включать три важных элемента:

- статус лица, осуществляющего надзор;
- полномочия этого лица по освобождению задержанного лица;
- период времени, в пределах которого должен быть осуществлен надзор.

Часть 3 статьи 9 Пакта предусматривает автоматический контроль за любым задержанием, который означает, что доставление в суд и последующее судебное рассмотрение не должны зависеть от волеизъявления задержанного.

Более того, арестованные лица, ставшие объектом плохого обращения, могут быть не в состоянии подать заявление о пересмотре судьей их задержания.

Гарантией честного и непредвзятого надзора за применением мер лишения свободы является «судебный» характер полномочий лица, которое осуществляет такой контроль. В международном прецедентном праве вопрос, каким требованиям должно соответствовать такое лицо, исследовался неоднократно. В результате установлен стандарт независимости и непредвзятости судьи или должностного лица, которое применяет судебную власть.

В сообщении Сманцер против Беларуси КПЧ исследовал первичную процедуру надзора за применением мер лишения свободы - заключение под стражу на основании постановления следователя и ее продление прокурором и по данному вопросу КПЧ сказал следующее: «Комитет считает, что для надлежащего осуществления судебных полномочий необходимо, чтобы они осуществлялись органом, являющимся независимым, объективным и беспристрастным по отношению к рассматриваемым вопросам. В обстоятельствах настоящего дела Комитет неудовлетворен тем, что государственный прокурор может считаться лицом, имеющим необходимую институциональную независимость и беспристрастность, чтобы считаться "должностным лицом, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть", по смыслу пункта 3 статьи 9 Пакта»[264].

В деле Бандажевский против Беларуси КПЧ сказал, что неотъемлемым свойством надлежащего осуществления судебных полномочий является то, что они должны осуществляться органом, проявляющим независимое, объективное и непредвзятое отношение к рассматриваемым вопросам[265].

Таким образом, представляется маловероятным, что требования международных стандартов выполняются в тех случаях, когда эту функцию выполняют не судьи, а любые другие уполномоченные лица. Как следствие, существуют серьезные сомнения относительно допустимости решений, подтверждающих предварительное заключение, если таковые принимаются огранном, осуществляющим функции обвинения в ходе судебного разбирательства.

Препятствием для органа, осуществляющего функции обвинения и одновременно осуществляющего надзор за предварительным заключением, не всегда является соблюдение требований институциональной независимости. Некоторые из них имеют достаточные правовые гарантии от давления других ветвей власти, вышестоящих должностных лиц и принимают действительно независимые решения. Однако этого не достаточно для выполнения им судебных функций. Должно быть соблюдено одновременно

[264] Сманцер против Беларуси, соображения КПЧ от 23.10.2008 г., п.10.2.
(Smantser v. Belarus. Communication No. 1178/2003. Views of 23 October 2008. CCPR/C/94/D/1178/2003): http://www.bayefsky.com/docs.php/area/jurisprudence/treaty/ccpr/opt/0/state/16/node/4/filename/belarus_t5_iccpr_1178_2003

[265] Бандажевский против Беларуси, сообщение КПЧ от 28.03.2006 г., п.10.3 (Yuri Bandajevsky v. Belarus. Communication No.1100/2002. Views of 28 March 2006. CCPR/C/86/D/1100/2002): http://www.bayefsky.com/docs.php/area/jurisprudence/treaty/ccpr/opt/0/state/16/node/4/filename/belarus_t5_iccpr_1100_2002

и требование непредвзятости. Это может быть достигнуто путем разграничения полномочий. В случае, когда такого разграничения не имеется, всегда существует возможность, что обвинитель, принимающий решение о задержании, впоследствии будет играть определенную роль в судебном обвинении этого лица. Поэтому требование о непредвзятости зависит только от моральных качеств сотрудников органа, осуществляющего функции обвинения в судебном процессе, что оставляет, к сожалению, поле для злоупотреблений со стороны представителей профессионального корпуса.

При рассмотрении сообщений Бандажевский против Республики Беларусь и Сманцер против Республики Беларусь КПЧ констатировал, что действующий в соответствии с требованиями УПК Республики Беларусь порядок избрания меры пресечения в виде заключения под стражу постановлением следователя, санкционируемым прокурором, а также иными лицами, нарушает требования п.3 ст.9 Пакта.

Судья, перед которым предстает задержанный, несет ответственность за вынесение определения о том, должно ли задержание (арест) быть продолжено или прекращено. Единственным основанием для принятия решения может служить то, имело ли задержание законное основание. Тем самым судья должен тщательно исследовать представленные доказательства, дать свою собственную оценку фактам и принять обоснованное решение относительно имеющего место лишения свободы, в том числе решить вопрос о том, почему не могут быть применены альтернативные задержанию меры, в случае если в освобождении отказано. Противное, является нарушением.

Довольно часто в отношении подозреваемых и обвиняемых применяется мера пресечения в виде заключения под стражу для облегчения работы следователя, при этом зачастую вопрос о применении альтернативных мер пресечения просто не рассматривается. В белорусских судах судья при решении вопроса относительно имеющего места лишения свободы, как правило, даже не обращается к решению вопроса: «*почему не могут быть применены альтернативные задержанию меры», а автоматически продлевает уже примененную меру пресечения. Это, безусловно, является нарушением прав лишенных свободы.*

Постановление судьи по определению законности лишения свободы должно иметь обязывающую силу. Только апелляционный суд, соответствующий международным стандартам независимости и непредвзятости, может отменить судебное решение об освобождении задержанного лица. Если постановление судьи носит лишь совещательный характер или подлежит подтверждению в какой-либо форме другим органом, то это не будет соответствовать принципу применения мер предосторожности, который требуется международными стандартами[266]. В этом также состоит суть судебной функции, которая заключается в том, что должен быть надлежащий уровень правомочности судьи в отношении вынесения постановления по такому вопросу.

Согласно статьи 8.3 ПИКоАП решение о задержании принимает соответствующее должностное лицо. Нормы ПИКоАП не содержат требования о немедленном доставлении

[266] Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, принцип 11. Принят Резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года [Электронный ресурс]: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/detent.shtml

задержанного лица к представителю судебной власти как требуют того международные стандарты.

Как известно, нормы белорусского УПК также не содержат требований о безотлагательном представлении задержанного лица для судебного надзора. Вопросы задержания, применения и продления заключения под стражу решаются соответствующими должностными лицами и прокурором. Это, несомненно, является нарушением ч.3 ст.9 МПГПП. И только при направлении дела для рассмотрения в суд решение этого вопроса впервые предоставляется суду (имеется ввиду обязанность должностных лиц, осуществивших задержание, предоставить лицо для судебной проверки его законности независимо от волеизъявления задержанного), и только с этого момента КПЧ может рассматривать вмешательство в право на свободу и неприкосновенность личности при соблюдении всех мер предосторожности соответствующим требованиям ст.9 МПГПП.

В недавнем прошлом перечень должностных лиц, которым предоставлено право решать вопрос о возможности задержания и заключения под стражу, был еще более расширен[267]. Такой шаг еще более усугубил положение задержанных по обеспечению их прав в соответствии со ст.9 МПГПП.

3.5. Право на оспаривание законности задержания

Право оспаривания принадлежит задержанному лицу.

Важной составляющей международных стандартов[268] в отношении защиты от произвольных задержаний является положение о том, что инициатива относительно тщательного изучения правомерности предварительного заключения не должна принадлежать исключительно только тем органам власти, которые осуществляют задержание. Эти документы требуют, чтобы задержанное лицо имело возможность оспорить законность своего задержания. Такое требование является, однако, лишь более конкретной формулировкой общего условия о необходимости иметь в распоряжении эффективные средства судебной защиты против нарушения прав человека[269]. Основными элементами этой меры предосторожности есть следующее: оспаривание должно определяться судом, и тогда решается проблема законности в самом широком смысле этого слова; происходит устное слушание с обеспечением гарантий, установленных статьей 14 Пакта - быть судимым с своем присутствии, права на защиту; оспаривание проходит быстро и безотлагательно и может возобновляться. Однако, важно подчеркнуть также, что задержанное лицо не должно иметь никаких препятствий для того, чтобы начать процесс

---

[267] См. чч.1,2 ст.119 УПК Республики Беларусь.

[268] Международный пакт о гражданских и политических правах (ст.9(4)), Европейская Конвенция по правам человека (ст.5(4)), Конвенция о правах ребенка (ст.37(d)), Свод принципов защиты (принцип 32(1)).

[269] См. п.11, Документ Копенгагенского совещания конференции по человеческому измерению СБСЕ. Копенгаген, 29 июня 1990 г. (извлечение) // Права человека: международно –правовые документы и практика их применения. В 4 т. Т.1 /сост. Кузнецова Е.В. – Минск: Амалфея, 2009. С. 180-191;

Парижская хартия для новой Европы. Париж, 21 ноября 1990 г. (извлечение) // Права человека: международно – правовые документы и практика их применения. В 4 . Т.1 /сост. Кузнецова Е.В. – Минск: Амалфея, 2009. С. 191 – 194; а также Международный пакт о гражданских и политических правах (ст.2(3)) и Европейскую Конвенцию по правам человека (ст.13).

оспаривания, а это обязательно предусматривает возможность такого лица непосредственно связаться с соответствующим судом в любой момент во время лишения свободы. Кроме того, органы, осуществляющие задержание, должны информировать задержанное лицо о возможности оспаривания законности его задержания, а также о процедурной стороне такого оспаривания. Этого, в частности, требует Восьмой Конгресс ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (п.п.g и i ч.2 резолюции 17).

В деле Бандажевский против Беларуси автор сообщения заявил, что он был арестован и содержался под стражей в течение 23 дней на основании Декрета № 21 (1997 года), не имея какой-либо возможности опровергнуть в суде незаконность содержания его под стражей в связи с тем, что лицам, содержащимся под стражей на основании данного Декрета, это не позволено. Это утверждение не было опровергнуто государством-участником… КПЧ признал нарушение п.4 ст.9 МГПП[270].

Рассматривая сообщения в отношении нарушения пункта 4 статьи 9 МПГПП, Комитет по правам человека также применяет широкую интерпретацию этой нормы. По мнению КПЧ, судебный пересмотр законности содержания под стражей должен включать в себя возможность принятия решения об освобождении и не должен быть ограничен рассмотрением соответствия формальных оснований заключения под стражу требованиям внутреннего законодательства, регулирующих применение этой меры[271]. Комитет пришел к выводу о том, что в соответствии со статьей 9, пункт 4, судебный контроль за законностью заключения под стражу должен обеспечивать возможность освобождения лица, если заключение его под стражу признано несовместимым с условиями Пакта, в частности, с пунктом 1 статьи 9[272] (то есть, произвольным).

УПК закрепил право на судебное обжалование задержания, заключения под стражу и его продления (п.1 ст.143 УПК).

До недавнего времени (начало 2010 г.)[273] суд был наделен правом проверки лишь формальной законности правильности применения данной меры пресечения, не имея права и возможности проверять по существу наличие обстоятельств, свидетельствующих о необходимости ее применения. После внесения изменений в статью 144 УПК (статья дополнена словом обоснованность: «Судебная проверка законности и обоснованности задержания…») суд должен проверять не только законность, но и обоснованность

---

[270] Бандажевский против Беларуси, сообщение КПЧ от 28.03.2006 г., п.10.3, 10.4.

[271] См. A. v Australi.. Communication № 560/1993. Views of 3 April 1997. CCPR/C/59/D/560/1993, para 9.5: http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws560.html;
Danyal Shafiq v Australia. Communication № 1324/2000. Views of 31 October 2006. CCPR/C/88/D/1324/2004, para 7.4: http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1324-2004.html.

[272] См. Salim Abbassi v Algeria. Communication № 1172/2003. Views of 28 March 2007. CCPR/C/89/D/1172/2003, para 8.5:
http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2007.03.28_Abbassi_v_Algeria.htm;
Abedelhamid Benhadj v Algeria. Communication № 1173/2003. Views of 20 July 2007. CCPR/C/90/D/1173/2003, para 8.4:
http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2007.07.20_Benhadj_v_Algeria.htm.

[273] 4.01.2010 г. внесены соответствующие изменения в ст.144 УПК; см. также Постановление пленума Верховного суда Республики Беларусь от 23.12.2010 г. №12 «О практике рассмотрения судами жалоб на применение мер пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста или продление срока их действия» // Консультант плюс: Беларусь [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2012.

принятого решения. Принятие данной нормы не повлекло серьезных изменений в практике. Многие судьи продолжают использовать формальный подход при проверке законности задержания, уклон на поддержание меры пресечения, избранной следователем, продолжает быть реальностью. Вопросы целесообразности задержания судом практически никогда не принимаются во внимание. Предстоит большой труд по отстаиванию интересов задержанных с использованием данной нормы, пока не будет наработана новая практика, соответствующая международным стандартам.

В Главе 7 ПИКоАП, регулирующей порядок обжалования решений при производстве административного процесса, содержится норма, которая устанавливает, что административное задержание физического лица, в отношении которого ведется административный процесс, может быть обжаловано прокурору или в районный (городской) суд (п.3 ст.7.2). Решение по жалобе является окончательным и обжалованию не подлежит (ст.7.4). Представляется, что закрепление правила об окончательности обжалования не согласуется с мнением КПЧ, который считает, что апелляционный суд, соответствующий международным стандартам независимости и непредвзятости, может отменить судебное решение о задержании или об освобождении задержанного лица.

Согласно ПИКоАП срок, установленный для рассмотрения жалобы (в том числе на задержание), составляет пять дней, со дня ее поступления. О результатах рассмотрения жалобы сообщается лицу, подавшему жалобу» (ст.7.4). Представляется, что в данном случае для лица, оказавшегося лишенным свободы и находящимся в особо уязвимом состоянии, столь длительный срок не обеспечивает гарантии «о безотлагательности вынесения судом решения относительно законности задержания и немедленного освобождения, в случае если такое задержание незаконно». В УПК этот срок более короток, но не следует забывать, что гарантия «предстать перед судом в срочном порядке» должна решаться в каждом случае индивидуально и должна обеспечиваться при первой реальной возможности. Причем задержки, связанные с вопросами организации работы должностных лиц государства, в том числе отсутствие в выходные и праздничные дни судьи, который мог бы принять решение относительно законности задержания, не должны приниматься во внимание.

В общих положениях ПИКоАП имеется норма, согласно которой судья, прокурор, орган, ведущий административный процесс, обязаны немедленно освободить всякого незаконно задержанного, административно арестованного свыше срока, предусмотренного законом или постановлением о наложении административного взыскания (ст.2.4). Эта норма может быть использована на практике для обеспечения как гарантии «незамедлительно престать перед судом для решения вопроса о законности задержания» (habeas corpus). К сожалению практика идет по иному пути, не используя эту возможность для защиты права на свободу. Введение процедуры для использования данной нормы позволило бы более полноценно использовать установленную гарантию.

3.6. Право на защиту

Необходимость предоставления задержанному лицу юридической помощи возникает в контексте подготовки защиты против обвинений, приведших к задержанию лица. В международной практике также определена необходимость получения доступа к адвокату

как требование в реализации гарантии по осуществлению судебного надзора над задержанием и для оспаривания законности задержания.

С подготовкой защиты связано много смежных вопросов (например, наличие обоснованного подозрения), и в связи с этим создание препятствий на пути получения помощи адвоката, как правило, является нарушением гарантий по обеспечению честного и беспристрастного суда и, без сомнения, может привести к произвольному задержанию.

Требование о проведении справедливой и непредвзятой процедуры в случае оспаривания законности задержания означает, что задержанное лицо должно иметь доступ к средствам, необходимым для подготовки его дела, а также иметь возможность обсуждать детали этого дела с адвокатом. Лицу, добивающемуся освобождения, всегда должно быть известно о всех документах, предоставленных для обоснования его задержания, в том числе и о дополнительных доказательствах, и у него должно быть достаточно возможностей отреагировать на них. Возможность предстать перед судом во время оспаривания законности задержания и лично изложить суду свои доводы является важной гарантией в обеспечении права задержанного на защиту. Кроме того, сложность вопросов, которые решаются во многих делах по оспариванию законности задержания, приводит к тому, что адвокат задержанного лица несет ответственность за подготовку всех доказательств и фактически представляет это лицо во время судебных слушаний.

В ПИКоАП предусмотрена возможность участия задержанного при рассмотрении его жалобы, если он заявил ходатайство об этом. Причем неявка не препятствует рассмотрению жалобы (п.3 ст.7.3). Не установлена обязанность доставить задержанного для рассмотрения его жалобы. На практике, даже при наличии ходатайства о рассмотрении жалобы с участием задержанного, суд по различным причинам практически никогда не удовлетворяет это ходатайство. В УПК также все еще продолжают существовать положения, согласно которым присутствие лица, задержанного или арестованного, в суде не является обязательным. На практике рассмотрение жалобы в суде проходит, как правило, в отсутствие обвиняемого или подозреваемого, если только судья в исключительных случаях не признает его присутствие обязательным (пп.2 и 3 ст.144 УПК).

Такое положение дел может приводить к нарушению права задержанного на защиту - лицо, не участвующее в устных слушаниях лишено возможности представить свои возражения на доводы должностного лица, обосновывающего законность принятого решения. Поэтому наличие в ПИКоАП и УПК указания об обязательности участия задержанного или арестованного при рассмотрении жалобы способствовало бы укреплению такой гарантии, как обеспечение права на защиту, при решении вопроса о законности задержания.

К тому же, лицо задержанное, как правило, не может самостоятельно решить вопрос о доставке в суд из-за отсутствия соответствующей процедуры и зависит от решения должностных лиц, ведающих установленными местами содержания. Поэтому наличие в ПИКоАП и УПК Республики Беларусь положений, обеспечивающих возможность подателя жалоб связаться с судом непосредственно (независимо от воли иных должностных лиц) в любое время и участвовать в устных слушаниях, служило бы четкой гарантией от произвола.

Весьма сомнительным кажется, что будет обеспечено право на подготовку защиты при решении вопроса о законности задержания в таких случаях, когда при принятии решения о задержании должностные лица под покровом «тайны следствия» не представляют задержанному всех документов, обосновывающих задержание, но такие документы представляются в суд - куда задержанный, как правило, не доставляется, а, следовательно, не может представить свои возражения на них. Такой же сомнительной представляется ситуация, когда адвокат не имеет возможности обсудить детали задержания с задержанным и вынужден представлять его в суде, находясь в неведении по данному вопросу, а, следовательно, не имея возможности отреагировать на нарушения и представлять доказательства.

Задержанное лицо, как правило, должно иметь право на выбор адвоката, который бы действовал от его имени. Если такое лицо не в состоянии оплатить услуги адвоката, международные стандарты требуют, чтобы государство-участник назначало адвоката и оплачивало его услуги во всех тех случаях, когда правовая помощь (включая адвокатское представительство) нужна для того, чтобы обеспечить эффективное изложение дела задержанного лица.

Отсутствие в ПИКоАП нормы, обязывающей должностное лицо, произведшее задержание, пригласить адвоката, а так же процедуры назначения и оплаты услуг адвоката в некоторых случаях, когда на государство возлагается такая обязанность, может приводить к нарушению прав задержанного и позволяет на практике существовать таким ситуациям, когда задержанному не предоставляется возможность связаться со своим адвокатом и сообщить о задержании; когда адвокат ищет своего клиента, а ему не сообщается информация о месте его нахождения; когда задержанный требует вызова дежурного адвоката, а ему отказывают, так как ПИКоАП не предусматривает процедуры назначения. Безусловно, такое положение дел не соответствует международным стандартам.

В международном прецедентном праве и Своде принципов защиты (принцип 14) указывается на то, что задержанные лица, не владеющие языком, на котором разговаривает адвокат, должны обеспечиваться услугами переводчика. Кроме того, государства-участники берут на себя обязательство обеспечивать предоставление правовой помощи тем задержанным лицам, в отношении которых нет достаточных оснований полагать, что они сами могут сделать запрос на ее предоставление (несовершеннолетние, лица с психическими отклонениями).

В международном прецедентном праве и в международных стандартах[274] содержится требование о том, чтобы в тюрьмах или в других местах задержания выделялись места для

---

[274] См. правило 93, Минимальные стандартные правила обращения с заключенными, принятые на первом конгрессе Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. Женева, 1955. Одобрены Экономическим и Социальным Советом. Резолюции 663 C(XXIV) от 31 июля 1957 года и 2067 (LXII) от 13 мая 1977 года. Правило 93 // Права человека: международно – правовые документы и практика их применения. В 4 т. Т.1 /сост. Кузнецова Е.В. – Минск: Амалфея, 2009. С. 566-578;

принцип 18, Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме. Принят Резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года. Принцип 18 // Права человека: международно –правовые документы и практика их применения. В 4 т. Т.1 /сост. Кузнецова Е.В. – Минск: Амалфея, 2009. С. 578 – 583;

встреч между задержанными лицами и их адвокатами. Из соображений безопасности вполне оправданным является то, что такие встречи проводятся в поле зрения тюремных надзирателей. Однако необходимость соблюдения конфиденциальности отношений между адвокатом и клиентом означает, что оба они должны находиться за пределами слышимости и не быть объектами электронного подслушивания. Таким же образом, не должно быть задержек с корреспонденцией, отправляемой адвокату задержанного лица или поступающей от него, а органы, осуществившие задержание, не должны читать эту корреспонденцию.

Возникшая ситуация по событиям 19 декабря, когда адвокаты не могли встретиться со своими клиентами по нескольку дней, задержка переписки, свидетельствует о нарушении права. Никакие причины организационного, материального, кадрового характера не могут оправдать действия государства при необеспечении этого требования.

В тех случаях, когда задержанное лицо готовит свою защиту самостоятельно, то в соответствии со статьей 14 ч.3 п.b МПГПП требуется, чтобы задержанному создали благоприятные условия и предоставили соответствующие материалы, необходимые для этой цели. Это обязательство вытекает из права задержанного лица оспаривать законность своего задержания и продолжать такое оспаривание при условии осуществления судебного надзора.

3.7. Право на компенсацию

Каждый, кто был жертвой незаконного ареста или содержания под стражей, имеет право на компенсацию, обладающую исковой силой.

Статья 7.3 ПИКоАП устанавливает, что если неправомерные действия или решения причинили вред участникам административного процесса, им должны быть разъяснены право на возмещение или устранение вреда и порядок осуществления этого права.

Согласно ст.939 Гражданского кодекса Республики Беларусь «вред, причиненный гражданину в результате… задержания, содержания под стражей, возмещается за счет казны Республики Беларусь, а в случаях, предусмотренных законодательством, - за счет казны административно-территориальной единицы в полном объеме независимо от вины должностных лиц органов уголовного преследования и суда в порядке, установленном законодательными актами».

Глава 48 УПК регулирует вопросы компенсации. Право на получение компенсации имеет обвиняемый, оправданный судом; подозреваемый или обвиняемый, уголовное преследование против которых прекращено по некомпрометирующим основаниям. Компенсация жертве, ставшей таковой в иных случаях незаконного задержания или заключения под стражу, нормами данной главы не предусматривается.

На практике добиться получения компенсации жертве произвольного задержания представляется совершенно невыполнимой задачей.

правило 18, Правила ООН, касающиеся защиты несовершеннолетних, лишенных свободы. Приняты резолюцией 45/113 Генеральной Ассамблеи ООН от 14 декабря 1990 года. Правило 18 // Права человека: международно –правовые документы и практика их применения. В 4 т. Т.1 /сост. Кузнецова Е.В. – Минск: Амалфея, 2009. С. 688-698.

В силу статьи 60 Конституции Республики, в случае нарушения прав, свобод, чести и достоинства с целью их защиты граждане в соответствии с законом вправе взыскать в судебном порядке, как имущественный вред, так и материальное возмещение морального вреда. Эта норма является нормой прямого действия и содержит высокую степень обобщения. На практике эта норма используется крайне редко. При рассмотрении такого рода дел отсутствие более детальной процедуры, предусматривающей, возможность компенсации в случае произвольного задержания, пугает судей и приводит к вынесению решения не в пользу пострадавшего лица. Такая практика может быть признана нарушающей положения п.5 ст.9 МПГПП.

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

ООН	Организация Объединенных Наций
ЭКОСОС	Экономический и Социальный Совет
ОБСЕ	Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе
БДИПЧ	Бюро по демократическим институтам и правам человека
МПГПП, Пакт	Международный пакт о гражданских и политических правах
КПЧ, Комитет	Комитет по правам человека
ЕКПЧ, Конвенция	Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод
ЕСПЧ, Суд	Европейский Суд по правам человека
УПК	Уголовно – процессуальный кодекс Республики Беларусь
ПИКоАП	Процессуально-исполнительный кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях
РБ	Республика Беларусь
РФ	Российская Федерация
НПО	неправительственная организация
МСПЧ	международные стандарты прав человека